# Die Rechtsmittel im bündnerischen Zivilprozeß

nach dem Gesetz über das Verfahren
in bürgerlichen Rechtssachen
vom 1. Januar 1908

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

**Carl Caflisch**
aus Chur

Chur 1929
Bischofberger & Co., Buchdruckerei Untertor

# Die Rechtsmittel im bündnerischen Zivilprozeß

nach dem Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom 1. Januar 1908.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Carl Caflisch
aus Chur.

Chur 1929
Bischofberger & Co., Buchdruckerei Untertor

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Inhaltsverzeichnis.

## *I. Abschnitt. Allgemeiner Teil.*


Seite

§ 1. **Historischer Ueberblick** . . . . . 1
I. 1800—1848 . . . . . 1
1. Verfassungsrechtliche Zustände . . . . . 1
2. Rechtsmittel . . . . . 4
a) Rekurs . . . . . 4
b) Appellation . . . . . 6
c) Erläuterung und Offenrecht . . . . . 6
II. Seit 1848 . . . . . 7
1. Verfassungsrechtliche Zustände . . . . . 7
2. Die verschiedenen Rechtsmittelsysteme . . . . . 12
a) Das Gesetz von 1855 . . . . . 12
b) Das Gesetz von 1871 . . . . . 13
c) Das Gesetz von 1908 . . . . . 14
III. Die Wirkungen des Zivilprozeßrechts des Bundes auf den kantonalen Prozeß . . . . . 16

§ 2. **Das Rechtsmittel** . . . . . 19
I. Der Begriff . . . . . 19
II. Die Arten . . . . . 21
III. Die Einteilung . . . . . 23
IV. Rechtsquellen . . . . . 25
V. Das Verhältnis der Wiederherstellung im Kontumazialverfahren zu den Rechtsmitteln . . . . . 26
VI. Das Rechtsmittel und die Verantwortlichkeitsklage . . 27

§ 3. **Rechtsmittelsysteme** . . . . . 28
I. Altes Recht . . . . . 28
1. Römisches Recht . . . . . 28
2. Gemeines Recht . . . . . 30
II. Neues Recht . . . . . 33
1. Frankreich . . . . . 33
2. Oesterreich . . . . . 35
3. Deutschland . . . . . 36
4. Schweiz . . . . . 37
a) Der Bund . . . . . 37
b) Die Kantone . . . . . 40

## *II. Abschnitt. Spezieller Teil.*

Seite

§ 4. **Die Appellation** . . . . . 43
I. Der Begriff . . . . . 43
II. Die Zulässigkeit . . . . . 43
1. Die Legitimation . . . . . 44
2. Die appellablen Entscheide . . . . . 45
a) Der Streitwert . . . . . 45
b) Die Form . . . . . 47
c) Der Inhalt . . . . . 49
III. Die Geltendmachung . . . . . 50
1. Die Frist . . . . . 50
2. Die Erklärung . . . . . 51
IV. Die Verhandlung und Entscheidung . . . . . 53
1. Die Prüfung der Zuständigkeit . . . . . 53
2. Die Parteien . . . . . 53
a) Die Vorträge der Parteien . . . . . 53
b) Das Ausbleiben einer Partei . . . . . 54
3. Die Ueberprüfungsbefugnis . . . . . 55
4. Das Urteil . . . . . 56

§ 5. **Die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Gesetzesverletzung** . . 58
I. Die Entwicklung und der Begriff . . . . . 58
II. Die Legitimation . . . . . 60
III. Der Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde . . . . 61
1. Der Streitwert der Entscheide . . . . . 61
2. Die Form der Entscheide . . . . . 62
3. Der Inhalt der Entscheide . . . . . 63
IV. Die Beschwerdegründe (Gesetzesverletzungen) . . . . 64
1. Nichtigkeitsgründe . . . . . 65
2. Andere Beschwerdegründe . . . . . 67
3. Das Verhältnis des Beschwerdegrundes zum angefochtenen Urteil . . . . . 68
V. Das Verfahren . . . . . 69
1. Die Geltendmachung . . . . . 69
a) Die Frist . . . . . 69
b) Die Beschwerdeschrift . . . . . 70
2. Das Verfahren nach der Geltendmachung . . . . 71

§ 6. **Die Beschwerden** (ausgenommen die Nichtigkeitsbeschwerde) 74
I. Die Beschwerde wegen Verweigerung und Verzögerung der Justiz . . . . . 74
1. Die Entwicklung . . . . . 74
2. Der Begriff . . . . . 76
3. Das Verfahren . . . . . 77
4. Anwendungsfälle . . . . . 79
II. Die Beschwerden im Sühneverfahren (Art. 87 und 88) . . 81
III. Die Beschwerde im Exekutivverfahren (Art. 284) . . . 81
IV. Die Beschwerde im Befehlsverfahren (Art. 294) . . . 82

Seite

V. Die Beschwerde wegen Verweigerung des Armenrechtes (Art. 54) . . . . . 83
VI. Die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen (Art. 244) . 84

§ 7. **Die Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt** . . . . . 85
I. Das Offenrecht (die Revision) . . . . . 85
1. Der Begriff . . . . . 85
2. Die Revisionsgründe . . . . . 86
3. Die Legitimation und die Frist zur Einlegung . . . 88
4. Das Offenrechtsbegehren und die Vorbereitung zur Gerichtsverhandlung . . . . . 89
5. Die Verhandlung und die Entscheidung . . . . . 90
II. Die Erläuterung . . . . . 92
1. Der Begriff . . . . . 92
2. Das Verfahren . . . . . 94
a) Die Frist . . . . . 94
b) Das Gesuch . . . . . 94
c) Die Verhandlung . . . . . 95
d) Der Entscheid . . . . . 95

**Anhang:** Gesetzesquellen für § 1 . . . . . 97

## Abkürzungen.

| | |
|---|---|
| A. G. S. | = Amtliche Gesetzessammlung. |
| B. V. | = Bundesverfassung. |
| B. Z. P. | = „Bundeszivilprozeß", d. h. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850. |
| E. | = Entscheide des Kantonsgerichtsausschusses als richterliche Behörde für Nichtigkeitsbeschwerden. |
| Gesch. Ordn. | = Geschäftsordnung für den Kleinen Rat. |
| K. V. | = Kantonsverfassung. |
| O. G. | = „Organisationsgesetz", d. h. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893. |
| R. P. | = Rekurspraxis des Kleinen Rates. |
| Z. P. O. | = Zivilprozeßordnung. |
| Z. P. R. | = Zivilprozeßrecht. |
| Z. U. | = Zivilurteile des Kantonsgerichts. |

## Literaturverzeichnis.

Bayer, Hieronymus: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. München 1842.

Bethmann-Hollweg, von M. A.: Der römische Civilprozeß. Bonn. 2. Bd. 1865, 3. Bd. 1866.

— Der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter. Bonn. 5. Bd. 1873.

Bäriswyl, G. C.: Das Rechtsmittel der Revision nach dem schweiz. Z.P.R. Berner Diss. Säckingen 1922.

Caflisch, J. B.: Kommentar zur bündnerischen Z.P.O. vom 1. Juni 1871. Chur 1891.

Harrasowsky, Ph. H.: Die Rechtsmittel im Civilprozesse. Wien 1879.

Heusler, A.: Der Zivilprozeß der Schweiz. Mannheim 1923.

Hellwig, K.: System des deutschen Z.P.R. 1. Teil. Leipzig 1912.

Leuch, G.: Kommentar zur Z.P.O. für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918. Bern 1922.

Schmidt, R.: Lehrbuch des deutschen Z.P.R. Leipzig 1910.

Schurter-Fritzsche: Das Z.P.R. des Bundes. 1924.

Skedl, A.: Das österreichische Civilprozeßrecht. 1. Bd. Leipzig 1900.

Stein-Gaupp: Erläuterungen zur Z.P.O. für das Deutsche Reich. 2. Bd. Tübingen 1913.

Steiner, E.: Die Appellation nach schweiz. Z.P.R. Diss. Bern 1906.

Thormann, Ph.: Urteil und prozeßleitende Verfügung. Diss. Bern 1899.

Weiß, Th.: Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen. Bern 1908.

Wetzell, G. W.: System des ordentlichen Civilprozesses. Leipzig 1865.

Zivilurteile des Kantonsgerichts Graubünden.

Entscheide des Kantonsgerichtsausschusses von Graubünden als richterliche Behörde für Nichtigkeitsbeschwerden.

Rekurspraxis des Kleinen Rates des Kantons Graubünden aus den Jahren 1894—1902, bearbeitet von Dr. J. Schmid.

Rekurspraxis des Kleinen und Großen Rates des Kantons Graubünden aus den Jahren 1903—1912, 2. Bd.,
aus den Jahren 1913—1915, 3. Bd.,
bearbeitet von Dr. A. Kuoni.

Kantonale Gesetzessammlungen.

Großratsverhandlungen.

Abschiede des Großen Rates.

Die Volksabstimmungen des Kantons Graubünden von 1803—1847, zusammengestellt von Dr. F. Jecklin. Chur 1921.

Die Volksabstimmungen des Kantons Graubünden vom 1. Februar 1848 bis und mit 4. März 1917, zusammengestellt von Dr. J. Robbi. St. Moritz 1917.

# I. Abschnitt.

## ALLGEMEINER TEIL.

### § 1.

### Historischer Ueberblick.

(Auf die wichtigsten kantonalen Gesetzesquellen wird im Anhang Seite 97 hingewiesen.)

#### I.

#### 1800—1848.

1. *Verfassungsrechtliche Zustände.*

*a)* Bis zum Anschluß an die Eidgenossenschaft war Graubünden ein loses rechtliches Gefüge, bestehend aus drei Bünden. Diese Bünde waren ihrerseits jeweilen wieder aus einer Gruppe Gebietseinheiten zusammengesetzt, die sich Hochgerichte oder Gerichte nannten. „Der Träger der Souveränität im Bundesstaate war die Gesamtheit der Gerichtsgemeinden, welche die grundherrlichen Rechte und die Gerichtsbarkeit der Feudalzeit an sich gebracht hatten und geschlossene Territorien geworden waren.“ [1]

Bei derartigen staatsrechtlichen Verhältnissen ist es nicht verwunderlich, daß eine einheitliche Rechtspflege sich nicht entwickeln konnte. Es gab in den drei Bünden keinen obersten staatlichen Gerichtshof. Im Grauen oder Oberen Bund bestand zwar schon sehr früh das sogenannte Bundesgericht; es hatte die Bedeutung eines gewöhnlichen Appel-

[1] W. Plattner. Die Entstehung des Freistaates der Drei Bünde. Davos 1895. S. 267.

lationsgerichtes für den Grauen Bund (nach Wagner-Salis [2] schon im Anfang des XVI. Jahrhunderts). [3]

*b)* Von der Einheitsverfassung der Helvetischen Republik wollte die Mehrheit in Graubünden nichts wissen. Das Land wurde im Jahre 1801 mit Gewalt zum Gehorsam gegen die Anordnungen der helvetischen Regierung gebracht. [4] Nach helvetischem Muster wurde der Kanton Rätien in elf Distrikte eingeteilt.

*c)* Die Mediationsakte (1802) stellten jedoch die ehemalige Gebietseinteilung wieder her. Das siebente Kapitel der Bundesakte enthält die bündnerische Verfassung, [5] und darin heißt es in Art. 8: „Das ehemalige richterliche System ist in den Bünden wieder hergestellt; das Gesetz kann Abänderungen treffen und ein Appellationsgericht in jedem Bunde oder ein einziges für den ganzen Kanton errichten."

Ein Jahr später wurde noch ein Gesetz „über Aufstellung eines Kantons- oder Oberappellationsgerichtes" erlassen.

*d)* Auf die Mediationsakte folgte der Bundesvertrag von 1815. Seitdem Graubünden ein Teil des eidgenössischen Staatenbundes geworden war, macht sich die Notwendigkeit geltend, eine Zentralisation in der Gerichtsordnung herbeizuführen. Als Glied einer größeren Gemeinschaft wird der Kanton gezwungen, sich einheitlich zu organisieren, um Ordnung zu schaffen. Die tatsächliche Entwicklung schritt jedoch langsam vorwärts.

aa) Träger der Souveränität im Stande Graubünden blieb die Gesamtheit der Räte und Gemeinden (K.V. 1814, Art. 2).

bb) Verfassungsänderungen der Hochgerichte und Gerichte durften den Gesetzen des Kantons nicht zuwider

---

[2] Rechtsquellen des Kantons Graubünden, in der Zeitschr. f. schw. Recht, Bd. 25 (N. F. Bd. 3); S. 236.

[3] Neben der Appellation wurde auch schon das Offenrecht statutarisch geregelt (Statuten des Oberen Bundes und Landsatzungen der Vier Dörfer). Von der Anwendung der Erläuterung gibt z. B. Zeugnis das Register des Gemeindearchivs von Thusis, Nr. 173.

[4] Der Kanton Graubünden in der Mediationszeit, von Dr. H. Balzer, Chur 1918, S. 7.

[5] Off. Samml., 1. Heft, 1805, S. 27—29.

sein und mußten dem Großen Rate zur Genehmigung vorgelegt werden (K.V. 1814, Art. 5).

cc) Die Verfassung verbot die Zerstückelung eines bestehenden Gerichtes oder Hochgerichtes in kleinere politische oder Justizbezirke (K.V. 1814, Art. 5).

Ansätze zur späteren einheitlichen Gerichtsorganisation finden wir in den Art. 16, 17 und 18 der Verfassung von 1814.

aa) Art. 16 bestimmt, daß in den Gerichten und Gemeinden Vermittlungsämter aufgestellt werden sollen mit einer gewissen Kompetenz zur inappellablen Entscheidung. Ein Gesetz über Vermittlungsämter und Gerichtsausschüsse vom 29. Juni 1816 [6] führt den Artikel aus. Darin ist nun aber keineswegs die Rede von einem selbständigen Vermittleramt, sondern es heißt einfach, daß jeder Richter eines gewöhnlichen Zivilgerichtes verpflichtet sei, zunächst die Parteien „zur Einleitung eines gütlichen Vergleichs vor sich zu bescheiden" (Art. 6). Unabhängig davon wird die Einführung einer untersten Instanz in Form von Gerichtsausschüssen zur inappellablen Entscheidung über Rechtsfälle von geringerem Belang vorgeschrieben. Es wird zwar den Gerichten und Hochgerichten überlassen, selbst Bestimmungen über die Einrichtung und Wahlart dieser Instanz aufzustellen. Wo aber hierüber keine besondere Bestimmung getroffen ist, bildet der Vorsteher jedes Zivilgerichtes erster Instanz mit den beiden ersten Beisitzern desselben von Amtes wegen einen solchen Gerichtsausschuß.

bb) Art. 17 der K. V. erhebt das Kantonsgericht zum Bestandteil des verfassungsrechtlichen Zustandes. Die Verfassung stellt ein Kantonsappellationsgericht für Zivilstreitigkeiten, aus neun Mitgliedern bestehend, auf; diese werden von der Versammlung der abstimmenden Mitglieder des Großen Rates zu gleichen Sätzen aus jedem Bund gewählt.

cc) Art. 18 verleiht den Hochgerichten eines jeden Bundes die Befugnis, durch Einverständnis unter sich ein oder

---

[6] Revid. A. G. S. 2. Heft 1829, S. 143—146.

mehrere Appellationstribunale für Streitigkeiten von geringerem Wert aufzustellen, deren Organisation aber dem Großen Rat zur Genehmigung vorgelegt werden muß. Es scheint allerdings, daß die Hochgerichte von dieser Möglichkeit wenig Gebrauch machten. [7]

Ueberblicken wir die geschilderten Verhältnisse in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts, so stellen wir fest, daß trotz einzelner Versuche zu einer Zentralisation die föderalistischen Institutionen eine einheitliche kantonale Rechtspflege verhinderten. Die Gerichtsorganisation, die in den einzelnen Statutarrechten niedergelegt war, blieb die Grundlage der gesamten kantonalen Gerichtsorganisation. [8] Die Folge davon war, daß die Rechtspflege schwere Uebelstände aufwies. „Die Justiz war eine sehr ungenügende, schleppende, kostspielige und unzuverlässige. Es war schwer zu seinem Recht zu kommen bei der Verschiedenheit der Statutarrechte, des Verfahrens, der mangelhaften Rechtskenntnis der vielen Rechtssprecher und oft wohl auch wegen ihrer mangelhaften Unparteilichkeit." [9]

### 2. *Die Rechtsmittel.*

#### a) Der Rekurs.

Dem Kleinen Rat hatten die Bundesakte nur beschränkte richterliche Kompetenzen verliehen. [10] Im Jahre 1805 wurde ein Gesetz erlassen zur Bestimmung der Befugnisse des Kleinen Rates in betreff der Justizpflege. Die Exekutive wird als zuständig erklärt für die Oberaufsicht über die Verwaltung der Justizpflege; ihr wird die Aufgabe übertragen, darüber zu wachen, daß niemand rechtlos bleibt.

---

[7] Revid. A. G. S. 2. Heft 1829, S. 147—151. Danach wurde der Artikel nur im Oberen Bund verwirklicht.

[8] Um sich eine Vorstellung von der Umständlichkeit der dazumaligen Gerichtsorganisation zu machen, siehe S. 306 und 307 in „Die Bündnergeschichte in elf Vorträgen" im Vortrag von F. Manatschal, „Graubünden seit 1815". Und außerdem Revid. A. G. S. 2. Heft 1829, S. 19—63, 231 bis 238.

[9] S. 309 in der „Bündnergeschichte in elf Vorträgen".

[10] Off. Samml. von 1805, S. 28 und 97.

Später wurde dieser Grundsatz jeweils in die Verfassung aufgenommen. Ein Gesetz von 1823 über den Geschäftskreis und die Befugnisse des Kleinen Rates führt ihn näher aus: In Art. 11 heißt es, daß der Kleine Rat saumselige Richter zu ihrer Pflicht anzuhalten habe, und wenn der Richter zweifelhaft sei, diesen bestimmen müsse. Art. 12 regelt die Aufsicht über den Zivilrechtsgang besonders: „Er (der Kleine Rat) hat darüber zu wachen, daß die entweder durch einheimische Gesetze und Statuten vorgeschriebenen oder nach allgemeinen Grundsätzen als ordnungsmäßig zu erkennenden Gerichtsformen gegen jedermann beobachtet werden. Er ist demnach befugt, auf eingelegten Rekurs, Urteile und Erkanntnisse, wobei dieselben wesentlich verletzt werden, aufzulösen und zu einem neuen Entscheid an die kompetente Behörde zurückzuweisen, ohne jedoch selbst über das Wesen der streitigen Rechtsfrage (das meritum causae) zu erkennen. Ueber diese Gattung von Erkanntnissen und Beschlüssen des Kleinen Rates findet der Rekurs an die Standeskommission [11] statt. Nur Verfügungen, welche dem eidgenössischen Bundesverein, den Beschlüssen der Tagsatzung, den Verträgen und Konkordaten mit eidgenössischen Ständen oder auswärtigen Staaten, oder der Standesverfassung zuwiderlaufen würden, ist er berechtigt, von sich aus auch dem Wesen nach aufzuheben, und dabei das Erforderliche zur Handhabung von Verfassung und Staatsverträgen zu verfügen. Ueber Erkanntnisse und Verfügungen dieser letzten Gattung (wodurch nämlich der Kleine Rat, in anderer Beziehung, als in jener der Verletzung des Rechtsganges, Urteile und Erkanntnisse der Hochgerichts- oder Gerichtsobrigkeiten aufheben würde) findet der Rekurs an den Großen Rat des Kantons statt."

In jener ungeordneten Uebergangszeit war man sich über allgemeine Rechtssätze oft im unklaren. Die oberste

---

[11] Die Standeskommission setzte sich zusammen vor 1854 aus den Bundesstatthaltern (nach 1854 aus dem Kleinen Rat) und neun Mitgliedern, die alljährlich vom Großen Rate gewählt wurden. Sie bestand vom Jahre 1814—1894.

Exekutive hatte einen Ueberblick über die Entwicklung; sie war damals die gegebene Beschwerdeinstanz.

b) Die Appellation.

Das Kantonsgericht hatte noch eine geringe Bedeutung. Die Verhältnisse schienen noch nicht reif zu sein für einen obersten Appellationshof. Indessen wurden das Verfahren und die Zuständigkeiten für das Kantonsgericht ausführlich geregelt.[12] Das Appellationstribunal des Oberen Bundes wurde offenbar bei der Ausarbeitung des Gesetzes als Vorbild benutzt. Zum Beispiel wurde die Bestimmung über die Appellation gegen Beiurteile[13] beinahe wörtlich von den Satzungen des Oberen Bundes übernommen. Im Gegensatz zur modernen Z. P. O. war eine Appellation gegen Beiurteile gestattet (insofern als diese auf die Hauptsache Einfluß hatten). Eigentümlich ist auch die Bestimmung, daß die Appellation an das Kantonsgericht auf der Stelle, d. h. vor Aufhebung der betreffenden Gerichtssitzung, eingelegt werden mußte.[14] Die eigentliche Verwirkungsfrist begann erst, nachdem der Richter dem Appellanten zwei getreue Abschriften sämtlicher Akten zugestellt hatte. Innert vierzehn Tagen seit Empfang der Akten mußte die Appellationsschrift (justificatio appellationis) dem erstinstanzlichen Richter zugestellt werden. Vor Kantonsgericht konnten weder die Parteien noch deren Anwälte erscheinen.

c) Die Erläuterung und das Offenrecht.

In der Oberappellationsgerichtsordnung, von der oben die Rede war, wird das Rechtsmittel der Erläuterung ebenfalls ausführlich geregelt.

Aus einem Großratsbeschluß[15] geht hervor, daß auch das Offenrecht vor Kantonsgericht zugelassen wurde; der

---

[12] Oberappellationsgerichtsordnung in Zivilsachen vom Sept. 1816, erneuert durch Großratsabschied 1835. A. G. S. II. Bd. 1839, S. 193.

[13] Beiurteile sind gerichtliche Erkenntnisse, die sich auf Vorfragen beziehen. Z. P. O. von 1908, Art. 129.

[14] Diese Vorschrift erhielt sich bei uns bis zur Einführung der Z. P. O. von 1871.

[15] Beschluß des Großen Rates von 1809 über die Art, wie die Erläuterung eines Urteils des Kantonsappellationsgerichtes statthaben soll. Off. Samml. 4. Heft 1810, S. 57.

Große Rat stellte darüber kein Gesetz auf, sondern ließ es bei den Uebungen und Gesetzen der verschiedenen Bünde und Gerichte bewenden.

## II.

## Seit 1848.

### 1. *Verfassungsrechtliche Zustände.*

*a)* Die eidgenössische Verfassung von 1848 verwandelte den eidgenössischen Staatenbund in einen Bundesstaat. Die Zentralisierung, die dadurch für die Eidgenossenschaft herbeigeführt wurde, und die Zustände, die im Kanton Graubünden herrschten, erforderten eine kantonale Verfassungsrevision. Das Zustandekommen derselben stieß auf Schwierigkeiten; und erst nach zahlreichen Abstimmungen erlangte die Verfassung die Gestalt, in der sie 1854 in Kraft trat. So ging der Einführung der Verfassung eine rege Gesetzgebungstätigkeit voraus, die den Boden für sie vorbereitete. Sie teilte den Kanton in Bezirke und Kreise und ermöglichte damit eine Stärkung der zentralen Gewalt.

Die neue Verfassung übertrug die Souveränität auf die Gesamtheit des Volkes (K. V. 1854, Art. 2). Das äußerte sich insbesondere in der Art der Stimmenzählung. Von nun an entschied die absolute Mehrheit der Stimmenden über das Schicksal der Gesetze, nicht wie bisher die Mehrheit der Hochgerichte und Gerichte.

*b)* Ein Gesetz über Bildung und Geschäftskreis von Bezirksgerichten von 1848 legte den Grund zu der Neueinteilung des Kantons. Diese eingreifende Reform fand ihre endgültige Festsetzung in dem Gesetz über Einteilung des Kantons Graubünden in Bezirke und Kreise, in Kraft getreten am 1. April 1851. Sie schuf die in der Verfassung von 1854 sanktionierte Gerichtsorganisation (Art. 30—32).

aa) Zunächst wurde der Kanton behufs der Bildung von Bezirksgerichten in vierzehn Bezirke[16] eingeteilt. Offen-

[16] Allmählich werden den Bezirken sanitarische, polizeiliche und andere Funktionen übertragen.

bar sollten diese Gerichte, die in der K. V. von 1814 vorgesehenen Appellationstribunale ersetzen oder, soweit sie noch nicht bestanden, einführen. In dem Gesetz heißt es nämlich (Art. 17), daß mit der Einführung der Bezirksgerichte alle zwischen den ersten Instanzen und dem Kantonsappellationsgericht bestehenden Mittelinstanzen aufgehoben werden. Das Verfahren für die neubegründeten Gerichte, die als reine Appellationsgerichte gedacht waren, wurde in einer Bezirksgerichtsordnung vorgeschrieben. [17]

Zwei Jahre darauf wurden den Bezirksgerichten auch erstinstanzliche Kompetenzen verliehen. [18]

bb) Ungefähr gleichzeitig wurden die Kreisgerichte eingeführt. [19] Die Einteilung in Kreise deckt sich im großen und ganzen mit derjenigen in Hochgerichts- und Gerichtsgemeinden. [20] Jeder Bezirk umfaßt einen bis fünf Kreise.

Da diese Einteilung zurzeit noch die Grundlage der Gerichtsorganisation bildet, müssen die Bezirke und Kreise ihrem Namen nach angeführt werden:

I. Bezirk Plessur.

1. Kreis Chur. Dieser umfaßt das frühere Hochgericht oder die Stadt Chur nebst Hof-Chur.

2. Kreis Schanfigg. Er umfaßt die früheren Gerichte Schanfigg und Langwies mit Ausschluß von Praden und dagegen mit Arosa, also die Gemeinden Maladers, Calfreisen, Castiel, Lüen, St. Peter, Pagig, Molinis, Peist, Langwies und Arosa.

3. Kreis Churwalden. Er umfaßt das frühere Gericht Churwalden nebst Prada, also die Gemeinden Churwalden, Parpan, Malix, Tschiertschen und Praden.

---

[17] Im Anhang zum Abschied des Großen Rates vom 11. Nov. 1848, S. 4—8 (§ 16 führt die Möglichkeit der reformatio in pejus ein).

[18] Gesetz über die Kompetenzen der verschiedenen Gerichtsbehörden in Zivilsachen. Abschied des Großen Rates vom 3. Juli 1850, S. 9, 41 und 42.

[19] Gesetz über Einführung von Kreisgerichten. Abschied des Großen Rates vom 19. Oktober 1850, S. 9 und 21.

[20] Immerhin wurden ganz kleine Gerichte unter sich oder mit einem größeren zu einem Kreis vereinigt. Siehe darüber Abschied des Großen Rates vom 3. Juli 1850, S. 8 und 9.

## II. Bezirk Im Boden.

1. Kreis Rhäzüns. Er umfaßt das frühere Gericht Im Boden mit Ausschluß von Felsberg, also die Gemeinden Rhäzüns, Bonaduz und Ems.

2. Kreis Trins. Er umfaßt die früheren Gerichte und Gemeinden Flims, Hohentrins, Tamins nebst der Gemeinde Felsberg.

## III. Bezirk Unterlandquart.

1. Kreis Maienfeld. Er umfaßt das frühere Hochgericht Maienfeld, also die Gemeinden Maienfeld, Fläsch, Malans und Jenins.

2. Kreis Fünf Dörfer. Er umfaßt das frühere Hochgericht der Fünf Dörfer ohne Hinter-Valzeina, also die Gemeinden Zizers, Mastrils, Trimmis, Igis, Untervaz und Haldenstein.

3. Kreis Seewis. Er umfaßt das frühere Gericht Seewis nebst Hinter-Valzeina, also die Gemeinden Seewis, Fanas, Vorder-Valzeina und Hinter-Valzeina.

4. Kreis Schiers. Er umfaßt das frühere Gericht Schiers und Grüsch, also die Gemeinden Schiers, Schuders und Grüsch.

## IV. Bezirk Oberlandquart.

1. Kreis Jenaz. Er umfaßt das frühere Gericht Castels-Jenaz, also die Gemeinden Fideris, Jenaz und Furna.

2. Kreis Luzein. Er umfaßt das frühere Gericht Castels-Luzein nebst St. Antönien-Rüti und Ascharina, also die Gemeinden Luzein, Pany, Putz, Buchen, St. Antönien-Castels, St. Antönien-Rüti und St. Antönien-Ascharina.

3. Kreis Küblis. Er umfaßt das frühere Gericht Klosters A. S. ohne St. Antönien-Rüti und Ascharina, also die Gemeinden Saas, Küblis und Conters.

4. Kreis Klosters. Er umfaßt das frühere Gericht Klosters I. S., also die Gemeinden Klosters und Serneus.

5. Kreis Davos. Er umfaßt das frühere Hochgericht Davos ohne Arosa.

## V. Bezirk Albula.

1. Kreis Oberhalbstein. Er umfaßt die früheren Gerichte Oberhalbstein und Stalla, also die Gemeinden Savognin,

Tinzen, Rofna, Mühlen, Sur, Reams, Conters, Salux, Präsanz, Stalla und Marmels.

2. Kreis Alvaschein. Er umfaßt die früheren Gerichte Tiefenkasten und Obervaz, also die Gemeinden Tiefenkasten, Alvaschein, Mons, Obervaz, Stürvis und Mutten.

3. Kreis Belfort. Er umfaßt die früheren Gerichte Außer- und Inner-Belfort ohne Wiesen, also die Gemeinden Lenz, Brienz, Surava, Alvaneu und Schmitten.

4. Kreis Bergün. Er umfaßt das frühere Gericht Bergün nebst Wiesen, also die Gemeinden Bergün, Filisur, Latsch, Stuls und Wiesen.

## VI. Bezirk Heinzenberg.

1. Kreis Domleschg. Er umfaßt die früheren Gerichte Fürstenau, Ortenstein im Boden und Ortenstein im Berg, also die Gemeinden Sils, Scharans, Fürstenau, Almens, Pratval, Rodels, Paspels, Tomils, Rothenbrunnen, Trans, Feldis und Scheid.

2. Kreis Thusis. Er umfaßt die früheren Gerichte Thusis, Cazis, Heinzenberg und Tschappina, also die Gemeinden Thusis, Masein, Tartar, Cazis, Urmein, Flerden, Portein, Sarn, Präz und Tschappina.

3. Kreis Safien. Er umfaßt die früheren Gerichte und Gemeinden Safien und Tenna.

## VII. Bezirk Hinterrhein.

1. Kreis Avers. Er umfaßt das frühere Gericht Avers.

2. Kreis Schams. Er umfaßt das frühere Gericht gleichen Namens, also die Gemeinden Zillis, Reischen, Rongellen, Donath, Patzen, Fardün, Casti, Clugin, Lohn, Mathon, Wergenstein, Andeer, Pignieu, Außer-Ferrera und Inner-Ferrera.

3. Kreis Rheinwald. Er umfaßt das frühere Gericht Rheinwald, also die Gemeinden Sufers, Splügen, Medels, Nufenen und Hinterrhein.

## VIII. Bezirk Moesa.

1. Kreis Misox. Er umfaßt das frühere Gericht gleichen Namens, also die Gemeinden Misox, Soazza und Lostallo.

2. Kreis Roveredo. Er umfaßt das frühere Gericht gleichen Namens, also die Gemeinden Leggia, Cama, Verdabbio, Roveredo, S. Vittore, Grono.

3. Kreis Calanca. Er umfaßt die früheren Gerichte Außer-Calanca und Inner-Calanca, also die Gemeinden Sta. Maria, Castaneda, Busen, Cauco, Arvigo, Landarenca, Braggio, Selma, Sta. Domenica, Augio, Rossa.

### IX. Bezirk Vorderrhein.

Kreis Disentis. Er umfaßt das frühere Hochgericht gleichen Namens nebst der Gemeinde Schlans, also die Gemeinden Tavetsch, Medels, Disentis, Somvix, Truns, Brigels und Schlans.

### X. Bezirk Glenner.

1. Kreis Ruis. Er umfaßt die Gerichte Ruis, ohne Schlans, Obersaxen und Waltensburg, also die Gemeinden Andest, Ruis, Panix, Seth, Obersaxen und Waltensburg.

2. Kreis Ilanz. Er umfaßt die Gerichte Ilanz und Gruob, Schleuis, Laax, also die Gemeinden Ilanz, Strada, Flond, Valendas, Versam mit Sculms, Kästris, Sagens, Fellers, Ruschein, Ladir, Schnaus, Luvis, Riein, Pitasch, Schleuis, Laax und Seewis.

3. Kreis Lungnez. Er umfaßt die früheren Gerichte Lungnez und Vals, also die Gemeinden Villa, Igels, Cumbels, Peiden, Camuns, Morissen, Neukirch, Vigens, Oberkastels, Lumbrein, Vrin, Tersnaus, Duvin, Furth, St. Martin und Vals.

### XI. Bezirk Maloja.

1. Kreis Bergell. Er umfaßt die früheren Gerichte Bergell Unter-Porta und Bergell Ob-Porta, also die Gemeinden Casaccia, Vicosoprano, Stampa und Borgonovo, Soglio, Castasegna, Bondo und Promontogno.

2. Kreis Oberengadin. Er umfaßt das frühere Hochgericht gleichen Namens, also die Gemeinden Sils, Silvaplana, St. Moritz, Celerina, Pontresina, Samaden, Bevers, Ponte-Campovasto, Madulein, Zuoz, Scanfs.

XII. Bezirk Bernina.

1. Kreis Poschiavo. Er umfaßt die Gemeinde Poschiavo.
2. Kreis Brusio. Er umfaßt die Gemeinde gleichen Namens.

XIII. Bezirk Inn.

1. Kreis Obtasna. Er umfaßt das frühere Gericht gleichen Namens, also die Gemeinden Zernez, Süs, Lavin, Guarda, Steinsberg, Tarasp.
2. Kreis Untertasna. Er umfaßt das frühere Gericht gleichen Namens, also die Gemeinden Fetan, Schuls, Sent.
3. Kreis Remüs. Er umfaßt das frühere Gericht Remüs, Schleins und Samnaun, also die Gemeinden gleichen Namens.

XIV. Bezirk Münstertal.

Kreis Münstertal. Er umfaßt das frühere Gericht gleichen Namens, also die Gemeinden Münster, Sta. Maria, Valcava, Fuldera, Lü, Lüsai, Valpaschun, Cierfs.

cc) Schon im Jahre 1848 war ein Gesetz[21] angenommen worden, das den Hochgerichten und Gerichten die Pflicht auferlegt, einen Vermittler zu bestellen und das zugleich für das Verfahren vor der untersten Instanz einheitliche Grundsätze aufstellt.

2. *Die verschiedenen Rechtsmittelsysteme.*

*a)* Das Gesetz von 1855.

Obschon das Privatrecht noch nicht kodifiziert war, wurde 1855 ein Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom Volke angenommen. In diesem Gesetze wurde das Rechtsmittelsystem aufgenommen ungefähr in der Form, wie es bisher gegolten hatte:

1. Die Appellation und die Erläuterung, bisher geregelt zum Teil durch die Oberappellationsgerichtsordnung und zum Teil durch die Bezirksgerichtsordnung.

---

[21] Gesetz über die Vermittlungsämter, Anhang zum Abschied des Großen Rates vom 26. Juni 1848, S. 3, 10—14.

2. Der Rekurs und das Offenrecht, kurz vorher durch Spezialgesetze geordnet.[22]

Die Systematik der Rechtsmittel ergibt folgendes Bild:

A. Anrufung des Kleinen Rates:
   a) wegen Justizverweigerung,
   b) bei streitigem Gerichtsstand;

B. Weiterzug bei Kompetenzstreitigkeiten wegen dem Wertbetrage.
   Der Weiterzug geht an das jeweils übergeordnete Gericht; niemals an das Kantonsgericht;

C. Rekurse:
   a) getrennte Rekursprosequierung,
   b) in Verbindung mit der Appellation.
      Sie sind nur zulässig in appellablen Streitfällen gegen richterliche Verfügungen, Maßnahmen und Unterlassungen, die auf das Haupturteil einen präjudizierlichen Einfluß haben.

D. Appellation;

E. Erläuterung;

F. Offenrecht.

Es bestand ein konsequent durchgeführtes System der Abstufung der Gerichte. Die unterste Stufe mit den beschränktesten Kompetenzen war der Vermittler als Einzelrichter; auf ihn folgten der kreisgerichtliche Ausschuß und das Kreisgericht. Die oberste Stufe der erstinstanzlichen Gerichte war das Bezirksgericht. Sofern überhaupt ein Weiterzug möglich war, geschah dieser an das nächstfolgende obere Gericht, so daß die zweite Instanz endgültig entschied. Nur die erstinstanzlichen Urteile des Bezirksgerichtes konnten also vor Kantonsgericht gelangen.

b) Das Gesetz von 1871.

Die ganze Materie sollte bald eine ausführlichere Regelung finden in einer neuen Z. P. O. Das Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen von 1871 stellte eine Reihe neuer Rechtsmittel auf. Der Begriff „Beschwerde"

---

[22] Gesetz über das Rechtsmittel aus formellen Gründen oder Rekurse von 1850. Gesetz über das Offenrecht von 1850.

wird erweitert und außerdem unter dem Namen „Kassation" eine eigentliche Nichtigkeitsbeschwerde an den Kleinen Rat eingeführt. Die Einteilung ist folgende:

A. Beschwerde (Rekurs):
   1. betr. Verweigerung, Verzögerung und Mißbrauch der Justiz,
   2. den Gerichtsstand betreffend,
   3. die Entscheidungsbefugnis (mit Rücksicht auf den Wertbetrag) betreffend,
   4. gegen Präsidialverfügungen,
   5. gegen erstinstanzliche Gerichtsbeschlüsse.

   Im Fall 1 und 2 muß die Beschwerde bei dem Kleinen Rat, im Fall 3 und 5 bei der zunächst übergeordneten Gerichtsbehörde, im Fall 4 bei dem Gesamtgericht eingereicht werden.

B. Appellation;
C. Kassation;
D. Erläuterung;
E. Offenrecht.

c) Das Gesetz von 1908.

1. Die Gerichtsbehörden blieben dieselben wie im Gesetz von 1855 bis zur Einführung der neuen Z. P. O. im Jahre 1908. Mit ihr werden dem Kreisgericht die zivilrechtlichen Kompetenzen entzogen. In der Gerichtsorganisation für die Zivilrechtspflege verschwinden also die 39 Kreisgerichte, und es bleiben nur mehr als einzige Instanz zwischen Vermittler und Kantonsgericht die 14 Bezirksgerichte. Nach den Kompetenzen geordnet, haben wir nun folgende Reihenfolge:

   a) der Vermittler,
   b) der Bezirksgerichtsausschuß,
   c) das Bezirksgericht.

In zweiter Instanz urteilen der Kantonsgerichtsausschuß, das Kantonsgericht [23] und der Kleine Rat.

Durch die Abschaffung der zahlreichen Kreisgerichte und die Einführung einer neuen zweiten Instanz wurde die Rechtspflege zentralisiert.

[23] Der prorogierte Gerichtsstand ist möglich. Art. 32 Z. P. O.

2. Hand in Hand damit ging eine Aenderung im System des Weiterzuges. Die Urteile werden in zwei Hauptkategorien eingeteilt: in solche, die einen Prozeß betreffen, dessen Streitsumme [24] 1500 Franken nicht übersteigt, und solche, die einen Prozeß angehen, dessen Streitwert höher ist als 1500 Franken. Gehören sie der ersten Kategorie an, so können sie durch die sogenannte Beschwerde wegen Gesetzesverletzung (Rekurs) vor den Kantonsgerichtsausschuß gebracht werden; fallen die Urteile hingegen in die zweite Kategorie, so sind sie der Appellation an das Kantonsgericht ausgesetzt.

Im ganzen Kanton gibt es also neben dem Kleinen Rat nur mehr ein nachprüfendes Zivilgericht: das Kantonsgericht mit Einschluß des Kantonsgerichtsausschusses. [25] Es ist klar, daß dadurch ein bedeutender Fortschritt erzielt wurde in der Richtung einer einheitlichen Rechtspflege.

3. Während das Kantonsgericht durch die neue Z.P.O an Bedeutung gewann, verlor der Kleine Rat durch sie ansehnliche Kompetenzen in der Zivilrechtspflege. Die Beschwerden wegen Bestreitung des Gerichtsstandes können nicht mehr an die oberste Exekutive gerichtet werden. Der Kleine Rat soll prinzipiell nur mehr wegen eigentlicher unmittelbarer Rechtsverweigerung (formeller Rechtsverweigerung) angerufen werden. [26] Die Rechtsverweigerung im weiteren Sinne (die materielle Rechtsverweigerung) soll durch die Nichtigkeitsbeschwerde (Rekurs) beim Kantonsgerichtsausschuß und hinsichtlich kantonsgerichtlicher Urteile beim Bundesgericht angefochten werden.

Der Kleine Rat hat ganz besonders durch das immer einflußreicher werdende Bundesgericht zivilrechtliche Kompetenzen eingebüßt. Auch der Umstand, daß die Arbeit der Exekutive gewachsen war und demzufolge das Bestreben,

---

[24] Ueber die Berechnung des Streitwertes siehe Art. 12 Z.P.O.

[25] Ueber die Zusammensetzung des Kantonsgerichtsausschusses sagt die K.V. in Art. 50: „Der Präsident des Kantonsgerichtes ist von Amtes wegen auch Präsident des Kantonsgerichtsausschusses. Die übrigen zwei Mitglieder des Kantonsgerichtsausschusses bezeichnet der Große Rat."

[26] Siehe darüber Großratsverhandlungen von 1906, 8. November.

diese zu entlasten, war ausschlaggebend für diese Aenderung in der Kompetenzenverteilung. Gedanklich ist sie eine Folge des Prinzips der Gewaltentrennung.

4. Auch die Z. P. O. vom Jahre 1908 scheint bald einer neuen weichen zu müssen. Auf Beschluß des Großen Rates wurde im Jahre 1926 vom Kleinen Rate eine Kommission zur Revidierung der Z. P. O. ernannt; die Kommission wurde im Jahre 1927 ergänzt. Die Rechtsmittel werden aber voraussichtlich nicht stark verändert. Grundlegende Aenderungen sollen aber für die Gerichtsorganisation von der Kommission vorgeschlagen werden. Diese lassen sich in drei Postulate einteilen: 1. Zentralisierung der Rechtspflege, 2. erhöhte Bedeutung des Einzelrichters und 3. Umwandlung des Kantonsgerichtsausschusses in einen ständigen Gerichtshof.

## III.

### Die Wirkungen des Z. P. R. des Bundes auf den kantonalen Prozeß.

An dieser Stelle muß auf den Einfluß hingewiesen werden, den die Bundesrechtspflege auf das kantonale Rechtsmittelsystem ausgeübt hat.[27] Es fällt hier besonders die Berufung an das Bundesgericht[28] in Betracht. Durch die Möglichkeit eines neuen Weiterzuges, die das Organisationsgesetz von 1874 eröffnete, wurden für eine Reihe von Streitfällen drei Instanzen geschaffen. In zahlreichen Fällen wirkt nun ein derartiger Instanzenzug verschleppend; besonders klar wird das, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß gegen Urteile des Bundesgerichtes noch die Rechtsmittel der Revision und Erläuterung unter Umständen angewendet werden können. Obwohl es nun gemäß der B. V. (Art. 64, Absatz 3) Sache der kantonalen Gesetzgebung gewesen wäre, diesem Mißstand abzuhelfen, bestimmte das O. G. von 1874 (Art. 29, Abs. 3):

---

[27] Schurter-Fritzsche, Z. P. R. des Bundes, S. 309—312. Th. Weiß, Die Berufung an das Bundesgericht, S. 28—52, 123—140, 348—350.

[28] Siehe § 3, Seite 38.

„Im Einverständnis beider Parteien können in solchen Rechtsstreitigkeiten auch erstinstanzliche kantonale Haupturteile, mit Umgehung einer zweiten Instanz in den Kantonen, sofort an das Bundesgericht gezogen werden."

Aber dieses Dispositionsrecht der Parteien wurde durch das O. G. von 1893 aufgehoben; es wird die Berufung nur gegen Haupturteile [29] der letzten kantonalen Instanz zugelassen (Art. 58). Immerhin gestattet die bündnerische Z. P. O. in Art. 32, daß die Parteien in appellablen Streitfällen kompromißweise die erste Instanz überspringen und direkt bei der oberen Instanz klagen.

Ein Eingriff des Bundesgesetzgebers in die kantonale Gerichtshoheit ist aber geblieben; er wurde begründet durch die Gesetze über Marken- und Modellschutz und die Erfindungspatente. Die Gesetze enthalten die Vorschrift, daß die Kantone zur Behandlung der nach dem betreffenden Gesetz zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten eine Gerichtsstelle zu bezeichnen haben, welche den Prozeß als einzige kantonale Instanz entscheidet. Im Kanton Graubünden bestimmt eine Verordnung des Großen Rates vom 6. Juni 1896, [30] daß das Kantonsgericht in solchen Streitigkeiten zu urteilen habe.

Abgesehen von der soeben besprochenen Einwirkung auf die Gerichtsorganisation hat die Regelung der Berufung an das Bundesgericht in drei Bestimmungen den kantonalen Prozeß berührt:

1. Art. 77 O. G. bestimmt das Verhältnis zwischen der Berufung und den kantonalen Rechtsmitteln. Art. 77 erklärt: „Ist bezüglich eines Urteils, gegen welches beim Bundesgerichte Berufung eingelegt ist, bei der zuständigen kantonalen Behörde eine Nichtigkeitsbeschwerde oder ein Gesuch um Wiederherstellung (Revision) oder um Erläuterung anhängig, so wird die bundesgerichtliche Entscheidung bis zur Erledigung der Sache vor der kantonalen Behörde ausgesetzt. — Die Einreichung der Akten an das Bundesgericht kann inzwischen unterbleiben."

[29] Siehe § 4. S. 47.
[30] A. G. S. 6. Bd. 20.

2. Der Eintritt der Rechtskraft der letztinstanzlichen kantonalen Urteile, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können, mußte der 20 Tage betragenden Einlegungsfrist der Berufung an das Bundesgericht angepaßt werden (Art. 65 O. G.). Jedoch muß man sich davor hüten, die Bestimmung von Art. 65 O. G. ohne weiteres auf die kantonale Z. P. O. zu übertragen. Der Text der Z. P. O. nimmt oft keine Rücksicht auf die Berufung an das Bundesgericht. Wenn z. B. bei der Definition des Offenrechtes (Z. P. O. Art. 262) gesagt wird, daß durch dieses außerordentliche Rechtsmittel die Wirkung bereits rechtskräftig gewordener Urteile wieder aufgehoben wird, so versteht das Gesetz hier die Rechtskraft gemäß der kantonalen Z. P. O. Das Offenrecht kann also gegen kantonale Urteile angestrengt werden trotz Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht und trotz Ergreifung derselben. [31]

3. Endlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß das Verfahren vor den kantonalen Instanzen im Hinblick auf das Verfahren vor Bundesgericht geordnet wurde (Art. 63, 64, 84 O. G.). Die kantonalen Gerichte müssen demnach in allen Streitsachen, die an das Bundesgericht weitergezogen werden können, neben den Regeln des kantonalen Prozeßrechtes die in Art. 63 O. G. aufgezählten Vorschriften beobachten. [32]

---

[31] Th. Weiß, a. a. O. S. 136.

[32] a) Bei Schadenersatz- und ähnlichen Ansprüchen ist, wenn dieselben nicht in Ziffern ausgedrückt sind, in der Klage anzugeben, ob der geforderte Höchstbetrag mindestens 4000 Franken erreiche (Ziff. 1). b) Für den Fall, daß das Verfahren vor den kantonalen Gerichten mündlich ist und über die Parteiverhandlungen (soweit dieselben für die Urteilsfällung maßgebend sind) nicht ein genaues Sitzungsprotokoll geführt wird, werden für die Sammlung des Prozeßstoffes Vorschriften aufgestellt. In diesem Falle sollen in dem Urteil die Anträge der Parteien, die zu deren Begründung angeführten Tatsachen, die Erklärungen (Anerkennungen, Bestreitungen) der Parteien, sowie die von ihnen angerufenen Haupt- und Gegenbeweismittel vollständig angeführt werden (Ziff. 2). c) Das Urteil soll den Parteien schriftlich mitgeteilt werden; darin soll angegeben werden, auf welchem Recht die Entscheidung beruht (Ziff. 3 und 4).

## § 2.

## Das Rechtsmittel.

### I.

### Der Begriff.

Im weitesten Sinne des Wortes ist Rechtsmittel ein Mittel, um zu seinem Recht zu gelangen.[1] Darnach wäre z. B. auch die Klage ein Rechtsmittel.

Die Rechtswissenschaft versteht unter Rechtsmittel auch einen engeren Begriff, und dieser interessiert uns hier. Ganz allgemein sagt Harrasowsky darüber, indem er vom historischen Gesichtspunkt ausgeht (Vorwort S. 1): „Die Entscheidung eines Streites erfordert das Einschreiten einer höheren Autorität. Die Fehlbarkeit der zur Ausübung dieser Autorität berufenen Menschen hat überall und zu allen Zeiten besondere Einrichtungen notwendig gemacht, um eine Abhilfe gegen den unrichtigen Gebrauch der Autorität zu ermöglichen. Diesen Zweck suchte man teils durch Verteilung der zu lösenden Aufgabe unter mehrere, in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehende, Organe, teils durch Wiederholung der Untersuchung des streitigen Falles zu erreichen."

Das bündnerische Zivilprozeßrecht definiert den Begriff Rechtsmittel nicht. Das Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom Jahre 1908 gibt nur soweit einen Anhaltspunkt zur Untersuchung des Begriffes, als es die verschiedenen Rechtsmittel aufzählt. Art. 237 nennt:

A. die Beschwerde (Rekurs),
B. die Appellation (Berufung),
C. die Erläuterung und
D. das Offenrecht (Revision).

Suchen wir nach einem einigenden Band, das die vier erwähnten Rechtsinstitute begrifflich einschließt, so müssen wir zunächst feststellen, daß sie Rechtsschutzanstalten sind

---

[1] Bäriswyl, Die Revision, S. 38.

für das Gebiet der privatrechtlichen Beziehungen. Auch kein Zweifel kann darüber herrschen, daß sie zu den Prozeßhandlungen zu rechnen sind. Wetzell sagt in seinem „System des ordentlichen Zivilprozesses" auf Seite 606: „Unter Rechtsmittel wird im formellen Sinn ein besonders gearteter Parteiantrag, also eine prozessualische Handlung, im materiellen Sinn das Recht zu einem solchen Antrag, d. h. ein prozessualischer Anspruch verstanden."

Dieser Definition gelingt es nicht, eine scharfe Trennung zwischen den Rechtsmitteln und anderen Prozeßhandlungen (z. B. Parteigesuch um Armenrecht) herbeizuführen. Wetzell umschreibt den Begriff enger auf Seite 611: „Unter Rechtsmittel im materiellen Sinne ist demnach der Anspruch einer Partei auf Abänderung einer sie in ihrer Stellung zur Gegenpartei benachteiligenden richterlichen Verfügung zu verstehen." Handelt es sich aber wirklich immer um eine Abänderung einer richterlichen Verfügung? Man denke an die Nichtigkeitsbeschwerde! Muß die Benachteiligung sich immer auf die Stellung gegenüber der Gegenpartei beziehen? z. B. im Falle der Rechtsverweigerung?

Die deutsche Z. P. O. schränkt den Begriff „Rechtsmittel" noch mehr ein als Wetzell in der soeben genannten Definition. Sie versteht unter Rechtsmittel Rechtsbehelfe, die nachteilige Entscheidungen vor ihrer Rechtskraft auf dem Wege der Nachprüfung durch einen höheren Richter beseitigen sollen. [2]

Es liegt auf der Hand, daß diese Umschreibung zu eng ist für die hier in Betracht fallenden Rechtsmittel.

Mir scheint, als ob ein wesentliches Moment des Rechtsmittels darin besteht, daß es dem Gerichteten die Möglichkeit bietet, sich gegen das Verhalten des Richters oder gegen die Wirkungen desselben zu schützen. [3]

---

[2] Fr. Stein, Kommentar zur Z. P. O. für das Deutsche Reich, 2, Bd., Seite 1.

[3] Die moderne Doktrin und moderne Gesetzgebungen haben den Begriff Rechtsmittel enger gezogen. Ich verweise hier nur auf den „Zivilprozeß der Schweiz" von A. Heusler, S. 150 und 151, und auf die Einteilung der Berner Z. P. O. vom 7. Juli 1918.

## II.

### Die Arten.

Nach der bündnerischen Z. P. O. sind Rechtsmittel Mittel, um

1. eine richterliche Entscheidung anzufechten (Rekurs);
2. eine Abänderung derselben durch eine andere richterliche Entscheidung zu erzielen (Appellation, Offenrecht);
3. eine Verdeutlichung des Urteils herbeizuführen (Erläuterung).

Unter Ziffer 1 habe ich versucht, den *Rekurs* zu umschreiben. Zur genaueren Erkenntnis desselben möchte ich schon hier auf die eigentümliche Interessensphäre hinweisen, die dieses Rechtsmittel zu schützen imstande ist. Selbstverständlich dient es vorzüglich zum Schutze der verletzten Privatinteressen. Verglichen mit anderen Rechtsmitteln, liegt aber im Wesen des Rekurses ein öffentlichrechtlicher Charakter. Durch die Beschwerde wird, natürlich immer veranlaßt durch das verletzte Privatinteresse, einerseits der richterliche Beamtenapparat beaufsichtigt und anderseits das objektive Recht als solches geschützt. Daraus geht hervor:

1. Die Geltendmachung des Rekurses ist geknüpft an bestimmte Gründe. Diese bestehen nicht nur im Interesse einer Partei; als Voraussetzung muß noch hinzukommen entweder ein Verfahrensmangel oder eine offenkundige Gesetzesverletzung.

2. Der Rekurs kann prinzipiell unabhängig von einer bestimmten Streitsumme angestrengt werden.

3. Die angerufene Instanz darf sich in der Regel nicht ausführlich in ein bestimmtes Prozeßverhältnis (in das meritum causae) einlassen.

Der Rekurs, wie er soeben in seinen Grundzügen geschildert wurde, sucht als Einheit sowohl die querela nullitatis als auch die querela simplex des gemeinen Rechtes zu umfassen. Dabei habe ich mich an den ursprünglichen

Typus der bündnerischen Beschwerde gehalten, wie sie vor hundert Jahren bestand.[4]

Es ist nun möglich, auf Grund der vorausgegangenen Erörterungen, das Wesen der *Appellation* gegenüber demjenigen der Beschwerde abzugrenzen. Bei der Appellation steht in der Regel das Vermögensinteresse einer Partei im Vordergrund. Sie umfaßt einen bestimmten Rechtsstreit in seiner Gesamtheit; sie beschäftigt sich mit dem Prozeßverhältnis als solchem. Die angerufene Instanz urteilt im eigentlichen Sinne des Wortes, während die Beschwerdeinstanz prinzipiell entscheidet oder gar nur verfügt.

Aus diesen Prämissen lassen sich, im Gegensatz zur Beschwerde, folgende Grundsätze ableiten:

1. Die Appellation führt zu einer Nachprüfung der Rechts- und Tatfrage (zu einer beschränkten Wiederaufnahme des Prozesses).

2. Ihre Geltendmachung ist objektiv bedingt durch eine bestimmte Streitsumme. Subjektiv wird als Voraussetzung der Appellation verlangt, daß die Partei sich durch ein Urteil beschwert fühlt.

3. Die Appellation muß nicht begründet werden.

Weiter oben wurde schon angedeutet, daß die Appellation prinzipiell auf eine Reformation des Urteils ausgeht. Diese Eigenschaft hat sie gemeinsam mit dem *Offenrecht*, auch *Revision* genannt. Im übrigen unterscheiden sich die beiden Rechtsmittel wesentlich voneinander. Bei der Appellation sollen grundsätzlich dieselben Tatumstände, dieselben Beweismittel in Erwägung gezogen werden wie im vorausgegangenen Verfahren; nur das amtende Gericht ist ein anderes, ein übergeordnetes. Beim Offenrecht bleiben die Richter die gleichen; nur die Beweismittel, die Tatumstände ändern sich. Die Grundlagen des Urteils erweisen

[4] Heute gibt es nicht weniger als drei verschiedene Beschwerden, von welchen die Beschwerde wegen Verweigerung und Verzögerung der Justiz historisch von dem oben dargestellten Rekurs abstammen dürfte. Auch die Beschwerde wegen Gesetzesverletzungen weist Aehnlichkeiten auf mit der ursprünglichen Beschwerde. Allerdings nicht leicht ist die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen, die dem Gesamtgericht eingereicht wird, dem allgemeinen Begriff der Beschwerde unterzuordnen.

sich infolge einer neu angeführten Tatsache, die eine Partei vorher nicht beweisen konnte, als unrichtig.

Es bleibt nun noch eine kurze Charakterisierung jenes Rechtsmittels übrig, das weder einen richterlichen Entscheid anfechtet, noch ihn zu ändern sucht, sondern nur seine Verdeutlichung erstrebt: der *Erläuterung*. Das Gesetz sagt darüber in Art. 256: „Das Rechtsmittel der Erläuterung besteht in dem Recht, um die Aufhellung dunkler richterlicher Entscheide oder einzelner Teile desselben einzukommen." Es liegt im Wesen dieses Rechtsmittels, daß dasselbe Gericht, von dem das fragliche Urteil ausging, zuständig ist, das Urteil zu läutern.

## III.

## Die Einteilung.

Die gemeinrechtliche Doktrin nennt die Eigenschaft eines Rechtsmittels, wodurch ein staatsrechtlich übergeordnetes Gericht mit der Nachprüfung des richterlichen Entscheides beauftragt wird, den *Devolutiveffekt*. Die Beschwerde (mit Ausnahme der Beschwerde gegen Präsidialverfügungen, die sich an die Gesamtheit des Gerichts wendet) und die Appellation sind devolutive Rechtsmittel. In dieser „Ueberwälzung" liegt mehr als nur ein äußeres Kennzeichen. Wenn eine Partei z. B. appelliert, so tut sie das doch auf Grund der Ueberlegung, das angerufene Gericht werde richtiger entscheiden als dasjenige, gegen dessen Urteil appelliert wird. Sie setzt dabei beim oberen Gerichte größere Weisheit und Erfahrung voraus. Und wenn die Beschwerde auch nur gegen den richterlichen Entscheid als solchen protestiert, so liegt doch darin gewiß auch ein Vorwurf gegen das Gericht, von dem der fragliche Entscheid ausging. In früheren Zeiten wurde der Richter zum Zweikampf herausgefordert (Urteilsschelte). Heute wenden wir uns an eine andere Instanz.

Als zweites gemeinsames Merkmal der Beschwerde und der Appellation muß noch hervorgehoben werden, daß ihre Geltendmachung an außerordentlich kurze Notfristen ge-

bunden ist (21 bezw. 14 Tage). Daß hingegen das erstinstanzliche Urteil erst nach unbenütztem Ablauf dieser Notfristen formell rechtskräftig wird oder daß bei Einlegung des Rechtsmittels die Wirkungen des Urteils gehemmt würden (Suspensiveffekt), wird im Gesetz weder bei der Appellation noch bei der Beschwerde ausdrücklich gesagt. Schon hier sei jedoch erwähnt, daß die Praxis auf Grund allgemein gültiger Grundsätze der Appellation einen Suspensiveffekt beimißt, der Beschwerde hingegen nicht. [5]

In Anbetracht der eminenten Bedeutung des Devolutiveffektes scheint es mir angebracht, die verschiedenen Rechtsmittel in zwei Gruppen zu teilen. Die erste Gruppe umfaßt demnach die Appellation, die Nichtigkeitsbeschwerde und die Beschwerde wegen Verweigerung und Verzögerung der Justiz. Die zweite Gruppe enthält jene Rechtsmittel, die keinen Devolutiveffekt aufweisen und deren Geltendmachung an längere Fristen (ein bezw. drei Jahre) gebunden ist: die Erläuterung und das Offenrecht. [6]

Das gemeine Recht teilte die Rechtsmittel in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel. „Das ordentliche Rechtsmittel war an eine Notfrist gebunden, mit deren Ablauf die Entscheidung die (formelle) Rechtskraft beschritt; die rechtzeitige Einlegung hinderte deren Eintritt (sogen. Suspensiveffekt)." [7] Den außerordentlichen Rechtsmitteln kommt diese Eigenschaft hingegen nicht zu. Da diese Einteilung auch in der modernen Literatur üblich ist, muß sie hier erwähnt werden. Für die bündnerischen Rechtsmittel dürfte dieser Einteilungsmodus nicht sehr zweckgemäß sein. [8]

---

[5] Vgl. E. 1915, S. 19, und R. P., 1. Bd., Nr. 459.

[6] Die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen kann, streng genommen, weder in die erste noch in die zweite Kategorie eingereiht werden.

[7] Hellwig. System des deutschen Z. P. R., S. 834.

[8] Siehe § 7, Seite 84.

## IV.

### Rechtsquellen.

Eine der größten Schwierigkeiten dieser Arbeit besteht in der Abgrenzung der zu behandelnden Rechtsmittel. Die Verhältnisse liegen nicht so einfach, wie sie bei einem Blick in die Z. P. O. erscheinen.

Eine nicht geringe Schuld der bestehenden Verwirrung ist wohl in der Z. P. O. selbst zu suchen. Sie vermengt z. B. ein Rechtsmittel, das eher dem Verwaltungsrecht als dem Zivilprozeßrecht angehört, mit den Rechtsmitteln der Zivil-justiz: die Beschwerde wegen Verweigerung und Verzöge-rung der Justiz, die aus der K. V., Art. 34, inhaltlich über-nommen und weiter ausgeführt wurde, wird den ordent-lichen Rechtsmitteln angereiht in Art. 243 und 244.[9] Die zweite und wichtigere Ursache, die eine systematische Dar-stellung der Rechtsmittel erschwert, liegt in der Ver-schiedenheit der Regelung, die sie in den einzelnen Rechts-quellen gefunden haben. Neben der Z. P. O. von 1908 fallen hauptsächlich in Betracht:

1. das Gesetz betr. die Einführung des Z. G. B. vom 23. Mai 1911,
2. die Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 19. Novem-ber 1912,
3. das Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 17. Mai 1897.

Diese Arbeit kann und will nicht eine erschöpfende Auf-zählung der Rechtsmittel aufstellen. Ich habe mir zur Auf-gabe gestellt, in erster Linie die Rechtsmittel zu betrachten, die den Entscheid eines ordentlichen (in Art. 1 der Z. P. O. genannten) Gerichtes vor ein höheres oder dasselbe ordent-liche Gericht ziehen.

---

[9] Siehe § 6, Seite 75.

## V.

### Das Verhältnis der Wiederherstellung im Kontumazialverfahren [10] zu den Rechtsmitteln.

Nicht unter den Begriff „Rechtsmittel" fällt das Institut der „Wiederherstellung" [11] im Kontumazialverfahren. Das Wiederherstellungsgesuch richtet sich nicht gegen kontradiktorische Urteile und stützt sich nicht auf die Behauptung der Unrichtigkeit eines Urteils. Ein wichtiger Unterschied von den Rechtsmitteln besteht auch darin, daß nicht das Gesetz, sondern der Richter die sogen. Wiederherstellungsfrist festsetzt; allerdings ist das Ermessen des Richters durch das Gesetz beschränkt, da dieses für die Frist ein Minimum von einem Monat und ein Maximum von sechs Monaten aufstellt (Art. 135). Trotzdem besteht eine enge Verwandtschaft zwischen den Rechtsmitteln und der Wiederherstellung; das veranlaßt mich, dieses Institut kurz zu schildern.

Ein Kontumazurteil kann durch die Wiederherstellung aufgehoben werden, indem der Verfällte innerhalb der soeben erwähnten Frist bei dem Gerichtspräsidenten ein bezügliches Gesuch stellt und (falls er nicht einen gesetzlichen Armutsschein beibringt) die Prozeßkosten erlegt. Die Sache wird dadurch in denjenigen Stand zurückversetzt, in welchem sie sich befand, als die abwesende Partei aufhörte, sich an dem Prozeßverfahren zu beteiligen (Art. 137). Wenn der Kontumazierte hingegen die Wiederherstellungsfrist unbenutzt verstreichen läßt, so muß er außer der Erlegung der Prozeßkosten den Beweis führen, „daß er durch Gottes Gewalt, sei es am Rechtstag zu erscheinen bezw. seine

---

[10] Siehe Z. P. O., Art. 133—141.

[11] Das bündnerische Gesetz unterscheidet (tatsächlich, nicht ausdrücklich) eine allgemeine Wiederherstellung gegen die Folgen der Versäumnis peremptorischer Fristen (Art. 72) und eine spezielle Wiederherstellung für den Fall, daß eine gehörig vorgeladene Partei am bestimmten Rechtstage nicht erscheint oder die gesetzliche Vertröstung nicht leistet, ohne ein Armutszeugnis beizubringen. Uns interessiert hier die zweite Art der Wiederherstellung, die ausschließlich im Verfahren in Kontumazfällen zur Anwendung gelangt.

Rechtsvertretung anzuordnen, sei es rechtzeitig um die Wiederherstellung einzukommen, verhindert wurde“ (Artikel 138). Zum dritten Mal ist hingegen die Wiederherstellung unzulässig (Art. 139).

Zu den Rechtsmitteln tritt die Wiederherstellung in Beziehung durch die Bestimmung, daß das Kontumazurteil auch mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Art. 140 lautet:

„Gegen jedes auf die Frage der Aufhebung der Kontumaz sich beziehende Urteil ist in appellablen Streitfällen der Weiterzug an die zweite Instanz zulässig. — Der nämliche Weiterzug ist auch gegen das Kontumazurteil, falls es innert der gesetzlichen Frist ergriffen wird, zulässig.

In unweiterzüglichen Streitsachen kann in diesem und jenem Falle an den Kantonsgerichtsausschuß rekurriert werden.“

Aus dieser Privilegierung des Kontumazurteiles kann sich tatsächlich eine Konkurrenz zwischen den ordentlichen Rechtsmitteln und der Wiederherstellung ergeben, die im Gesetze gar nicht geordnet ist. [12]

## VI.

### Die Rechtsmittel und die Verantwortlichkeitsklage. [13]

Nur durch eine genaue Abgrenzung der Rechtsmittel gegenüber verwandten Instituten kommen wir dem Begriff des Rechtsmittels näher. Ich habe oben hervorgehoben, daß zu den wesentlichen Eigenschaften eines Rechtsmittels gehöre, daß es den Parteien den Weg biete, um sich vor dem Verhalten des Richters und dessen Wirkungen zu schützen. Wir fügen hier hinzu, daß es die Parteien insbesondere vor denjenigen Fehlern des Richters schützt, die auf Irrtum oder leichter Fahrlässigkeit beruhen. Aber auch wenn eine Amtspflichtverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig geschehen

---

[12] Siehe § 4, Seite 51.

[13] Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten vom 1. Januar 1903, insbesondere Art. 4 und 10. A. G. S. Bd. 6, S. 276 ff.

ist, soll die verletzte Partei von den ihr zu Gebote stehenden Rechtsmitteln behufs Abwendung des Schadens Gebrauch machen. Die erfolgreiche Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage setzt voraus, daß die Partei, sofern die Z. P. O. ihr ein Rechtsmittel bietet, dieses geltend gemacht habe.

Im übrigen unterscheidet sich die Verantwortlichkeitsklage so deutlich von den Rechtsmitteln, daß eine Erörterung darüber nicht nötig ist.

## § 3.

## Rechtsmittelsysteme.

### I.

### Altes Recht.

Nachdem im vorigen Paragraphen versucht wurde, im Anschluß an die Regelung im bündnerischen Gesetze den Begriff eines Rechtsmittels zu umgrenzen und bereits die Arten der Rechtsmittel kurz charakterisiert worden sind, dürfte es nicht ohne Interesse und Nutzen sein, einen Blick auf die Rechtsmittel im römischen und gemeinen Rechte zu werfen.

1. Römisches Recht.

Das römische Recht kennt kein Rechtsmittelsystem im Sinne des heutigen Rechtes.

*a)* Zur Kaiserzeit bildet sich die *Appellation*[1] aus gegen den Spruch des Beamtenjudex im Kognitionsprozeß; sie hat im großen und ganzen die Eigenschaften der modernen Appellation. In der letzten Instanz stand die Entscheidung des Kaisers. Im Gegensatz zum späteren Recht (mit Ausnahme des kanonischen) war die Geringfügigkeit des streitigen Objektes nicht geeignet, die Ausschließung der Appellation zu rechtfertigen.[2]

---

[1] Bethmann-Hollweg, Der römische Zivilprozeß, Bd. 2, § 116, S. 700 ff. Bd. 3, § 160, S. 325. Sohm, Instit., S. 281, Anm. 7.

[2] Wetzell, a. a. O., S. 652.

*b)* Die *in integrum restitutio* [3] konnte auch als Mittel zur Abänderung richterlicher Urteile dienen. Die Macht zu restitutieren war ein Recht des Imperiums und stand nur den magistratus majores zu. Gegen das Urteil eines Geschworenen mußte die Restitution bei dem Magistrat gesucht werden, der ihn bestellt hatte. Gegen das Urteil eines Magistrates konnte sie nur bei ihm selbst oder einem gleich- oder höhergestellten Magistrat erbeten werden. Unter Umständen ist die Restitution beim Kaiser zu suchen. Als Restitutionsgründe gegen rechtskräftige Urteile fallen nur folgende in Betracht:

aa) wenn gegen einen Minderjährigen erkannt wurde,

bb) bei kondemnatorischen Urteilen gegen Abwesende, wenn die Abwesenheit entschuldbar ist,

cc) bei bestochenen Zeugen und verfälschten Urkunden,

dd) im Falle neu aufgefundener Beweismittel nur dann, wenn das Erkenntnis infolge eines vom Richter auferlegten Eides gefällt wurde. Bloß wegen Irrtum konnte ein rechtskräftiges Urteil nicht angefochten werden.

cc und dd deuten auf die Aehnlichkeit dieses Rechtsmittels mit dem Offenrecht.

*c)* Die Gestalt eines Rechtsmittels kann auch die *supplicatio* [4] annehmen. Mit ihrer Hilfe konnte sich eine im Prozeß unterlegene Partei an den Kaiser wenden. Dieser konnte den Fall dem Richter zur nochmaligen Ueberprüfung überweisen. Im bündnerischen Zivilprozeßrecht dürfte vielleicht die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung der supplicatio am nächsten stehen.

*d)* Die *Nichtigkeitsbeschwerde* [5] ist dem römischen Recht unbekannt in der Form eines selbständigen Rechtsmittels. Wohl konnte die Nichtigkeit des Urteiles incidenter gegenüber der actio iudicati oder der exceptio rei iudicati geltend gemacht werden. Auch konnte, falls das Judikat gezahlt

[3] Bethmann-Hollweg, a. a. O., Bd. 2, § 117, S. 712. Bayer, Vorträge, S. 684 ff. Sohm, a. a. O., S. 357 ff.

[4] Bethmann-Hollweg, Bd. 3, a. a. O., S. 338 ff.

[5] Wetzell, a a. O., S. 723. Bethmann-Hollweg, Bd. 2, a. a. O., S. 720 ff.

worden war, principaliter in Form einer Klage, der revocatio in duplum, die Nichtigkeit eines Urteils herbeigeführt werden. Diese Klage bot dem verurteilten Beklagten das Mittel, die Gültigkeit des Urteiles zu bestreiten, indem sie ihn für den Fall des Unterliegens der poena dupli aussetzte. Sie war durch die Ausstellung der actio iudicati seitens der Gegenpartei nicht bedingt.

2. Gemeines Recht.

Zur Zeit des gemeinen Rechtes herrschten für die Einrichtung des Rechtsmittelzuges ungefähr einheitliche Prinzipien in den deutschen Territorien. Für größere Sachen bestanden meist drei Instanzen.[6] Obschon die Verhältnisse, insbesondere die Gerichtsverfassung, keineswegs die gleichen blieben wie zur Zeit des römischen Rechts, lehnte sich das gemeine Recht stark an dieses an.

*a)* Natürlich finden wir auch hier die *Appellation* als Bitte um Nachprüfung in facto et in iure. Daneben wird noch als Surrogat der Appellation die *Revision* (revisio actorum) genannt, deren letzte Fassung der J. R. A., § 113, bringt: „Daß auf den Fall die Summa nicht appellabel und den effectum devolutivum an das Cammergericht nicht gehabt haben könnte, alsdann den Untertanen freistehen solle, ihre Beschwerde per viam supplicationis in gebührender Zeit rechtens an ihre ordentlichen Obrigkeiten, d. i. an die beschwerenden Gerichte selbst zu bringen, damit diese per modum revisionis ex iisdem actis (es hätten denn die Parteien etwas Neues vorzutragen, in denen ihnen noch zween Sätze weiter zu gestatten wären) darüber entschieden."[7]

Ihrem Wesen nach ähnlich wie die Revision war die partikularrechtliche *Läuterung* (leuteratio). Beide weisen keinen Devolutiveffekt auf.

*b)* Auch aus dem gemeinen Recht stammt unsere *Nichtigkeitsbeschwerde*[8] (querela nullitatis). Ursprünglich war

---

[6] Schmidt, Lehrbuch, S. 92. Wetzell, a. a. O., S. 649.

[7] Wetzell, a. a. O., S. 720 und 721.

[8] Wetzell, a. a. O., S. 730 ff. Die Nichtigkeitsbeschwerde löste sich seit dem 13. Jahrh. im ital.-kanon. Prozeß von der Appellation als selbständige Anfechtungsform heraus. Schmidt, Lehrbuch, S. 78.

sie in mancher Beziehung einer Klage gleichgesetzt. Für sie galt die dreißigjährige Verjährungfrist; in Form einer Einrede konnte die Nichtigkeit immer geltend gemacht werden. Gegenüber der Appellation zeigt die querela nullitatis besonders die Eigentümlichkeit, daß sie die Exekution nicht hemmt, also keinen Suspensiveffekt hat. Auch braucht sie nicht unbedingt devolutiv zu wirken, obschon dies in der Regel der Fall war. Es darf wohl gesagt werden, daß auch im gemeinen Recht die Nichtigkeitsbeschwerde ein unklares Gebilde war. So wenig wie heute bestand damals ein einheitlicher Typus.

Der J. R. A. unterschied, indem er auf die italienische Doktrin aufbaute, zwei Arten von Nichtigkeiten, die unheilbaren und die heilbaren (jene lassen sich aus dem ius naturale und diese aus dem ius civile, d. h. positivum ableiten); den zwei Arten von Nichtigkeiten entsprechend wurden zwei Arten von Beschwerden eingeführt. Für „Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Partei oder aus den substantialibus des processus nach sich führen", bestätigte der J. R. A. (§ 122) die „Disposition der gemeinen Rechte". Die Nichtigkeitsbeschwerde, wie sie oben kurz charakterisiert wurde, blieb also für unheilbare Mängel bestehen. Für die übrigen Nichtigkeiten verordnete der J. R. A. (§ 121), daß „a sententia tam nulla quam iniqua das fatale interponendae observiert" werden solle. Nach Wetzell[9] wurden für diese heilbaren Nichtigkeiten die Regeln der Appellation angewendet.

Darnach würde im gemeinen Recht einerseits eine Nichtigkeitsbeschwerde bestehen, der wesentliche Eigenschaften einer Klage zukommen (querela nullitatis insanabilis), und andererseits hätten wir eine Nichtigkeitsbeschwerde vor uns, der wesentliche Eigenschaften der Appellation zukommen, insbesondere die kurzen Fristen zur Einlegung des Rechtsmittels und die Gebundenheit an eine Appellationssumme. Keine dieser beiden Formen schließt aber die Appellation gegen das auf die Querel ergangene Urteil aus. Die

[9] Wetzell, a. a. O., S. 743 und 744.

Nichtigkeitsbeschwerde bleibt immer ein selbständiges, von der Appellation unabhängiges Rechtsmittel, dessen eigentlicher Inhalt in der Geltendmachung von Mängeln in den Prozeßvoraussetzungen besteht. Im bündnerischen Z. P. R. hingegen ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen inappellable Entscheide zulässig; sie steht also der Appellation gegenüber in einem subsidiären Verhältnis und gleicht insofern der gemeinrechtlichen Revision.

*c)* Die *Restitution* des gemeinen Rechtes [10] übernahm im allgemeinen die Restitutionsgründe des römischen Rechtes. Neu war die „restitutio propter nova reperta" (auch restitutio ex capite novorum genannt). Der Implorant muß eidlich versichern, „daß er von dem neuen Einbringen vorher keine Wissenschaft gehabt, oder selbiges zur Sache dienlich zu sein, nicht vermeint habe". Restitution und Appellation schließen sich gegenseitig aus. Werden sie miteinander kumuliert, so muß die Restitution vorläufig zurückgestellt werden.

Die Restitution des gemeinen Rechtes stimmt besonders darin mit dem modernen Offenrecht überein, daß ihr nie ein Devolutiveffekt zukommt.

*d)* Die sogen. *einfache Beschwerde* (querela simplex) [11] wird praktisch, trotz der theoretischen Bedenken, oft den Rechtsmitteln angereiht. Sie umfaßt in erster Linie die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (querela denegatae vel protractae iustitiae); aber auch andere Beschwerden fallen unter den Begriff der querela simplex, z. B. die Beschwerde gegen die auf einen Mißbrauch der richterlichen Disziplinargewalt beruhenden Verfügungen. Sie sucht beim Obergericht (je nachdem bei der Bundesversammlung des Bundesstaates) Disziplinarbefehle gegen den betr. Richter zu erwirken. Sie kann unabhängig von der Appellationssumme und unabhängig von einer bestimmten Frist bei einem höheren Gericht geltend gemacht werden.

---

[10] Wetzell, a. a. O., S. 617 ff. Bayer, Vorträge, S. 684 ff.
[11] Wetzell, a. a. O., S. 754 ff. Bayer, a. a. O., S. 176 ff. und 173.

Diese sogen. einfache Beschwerde bezieht sich weniger auf die prozessualische Stellung der einen Partei zur Gegenpartei als auf die Stellung einer Partei gegenüber dem Richter; immerhin muß sie in Beziehung zu einem Rechtsstreit stehen. Deshalb wird sie schon von Wetzell als „uneigentlich so genanntes Rechtsmittel" bezeichnet und von Bayer überhaupt nicht unter den Rechtsmitteln genannt. [12]

Im bündnerischen Zivilprozesse hat sich die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung erhalten; sie muß aber an den Kleinen Rat gerichtet werden. Der querela simplex müssen auch noch die Beschwerde im Exekutivverfahren (Art. 284) und wohl auch die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen (Art. 244) begrifflich untergeordnet werden. Auf diese besonderen Beschwerden darf ich mich erst im speziellen Teil näher einlassen.

## II.

## Neues Recht.

Das alte Recht, das oben geschildert wurde, dürfte auf die jetzige Regelung im bündnerischen Zivilprozeß keinen direkten Einfluß ausgeübt haben. Die benachbarten Großstaaten hingegen mit ihren bis in alle Einzelheiten ausgearbeiteten Zivilprozeßordnungen, das Bundeszivilprozeßrecht und die kantonalen Zivilprozeßordnungen wirkten unmittelbar auf die Reformen, denen der bündnerische Zivilprozeß im 19. und 20. Jahrhundert unterworfen war. Wir müssen deshalb einen Blick werfen auf die Regelung, die das Rechtsmittelsystem im französischen, im österreichischen und im deutschen Recht einerseits und im Bundeszivilprozeß und in den kantonalen Rechten andererseits erfahren hat.

1. *Frankreich* [13] (Z. P. O. von 1806).

Wohl der erste moderne Staat mit einem verfeinerten Rechtsmittelsystem war Frankreich.

---

[12] Wetzell, a. a. O., S. 755. Bayer, a. a. O., S. 611.
[13] v. Harrasowsky, a. a. O., S. 1—39.

*a)* Neben den Appellhöfen besteht hier ein Kassationshof, der nicht über die Vernichtung einer gerichtlichen Entscheidung hinausgehen und daher auch keine meritorische Entscheidung fällen darf. Der Gerichtsorganisation entsprechend finden wir neben der *Appellation* den *Rekurs an den Kassationshof* (pourvoi de Cassation). Dieser ist nur subsidiär zulässig und wird deshalb als außerordentliches Rechtsmittel gekennzeichnet. Der Charakter des Kassationsrekurses dürfte am klarsten in folgender Eigenschaft zutage treten: Sie kann von der Staatsanwaltschaft unabhängig von den Parteien und zwar selbst dann ergriffen werden, wenn die Rechtsmittelfrist für die Parteien bereits verstrichen ist (in diesem Falle aber bleibt der Erfolg des Rechtsmittels für die Parteien ohne Wirkung). Verschieden können die Gründe sein, die zur Erhebung des Kassationsrekurses ermächtigen (Inkompetenz, Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten, Widerspruch zwischen mehreren Urteilen). Als wichtigsten nenne ich den Widerspruch der Entscheidung mit einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes.[14]

*b)* Zu den nicht devolutiven Rechtsmitteln gehören: die *Opposition* und die *Requête civile*. Jenes ist gegen Kontumazurteile zulässig; dieses kann nur gegen Entscheidungen der letzten Instanz eingereicht werden. Die Requête civile, die an eine Frist von drei Monaten gebunden ist, vereinigt in sich Elemente der Nichtigkeitsbeschwerde und des Offenrechtes. In der Theorie und in der Praxis herrscht jedoch die Ansicht, daß der Kassationsrekurs und die Requête civile nie denselben Mangel im Urteil zu beheben suchen. Der Unterschied bestehe nun darin, daß ein Kassationsfall

---

[14] „Erfolgt die Kassation, so verliert das untere Urteil seine Rechtskraft (autorité de chose jugée), und die Hauptsache wird zur nochmaligen Entscheidung an ein Gericht gleichen Ranges mit dem Gericht des kassierten Urteils (also je nachdem erste oder zweite Instanz) zurückverwiesen (Tribunal du Renvoi). Dieses ist an das kassierende Urteil nicht gebunden. Erst wenn es nochmals wie das erste entscheidet und sein Urteil nochmals aus den gleichen Gründen kassiert wird, ist die Kassationsentscheidung (seit dem Gesetz von 1837) bindend." (Schmidt, Lehrbuch, S. 102.)

dann vorhanden sei, wenn es sich aus der vorausgegangenen Verhandlung ergebe, daß der Richter in Beziehung auf die vorgekommene Nichtigkeit sich in einem Rechtsirrtum befunden habe, während die Requête civile dann zur Anwendung gelange, wenn die vorgekommene Nichtigkeit auf ein Versehen zurückzuführen sei.

2. *Oesterreich*[15] (Z. P. O. von 1895).

*a)* Gemeinsam ist der *Appellation* und der *Revision*, daß sie immer devolutiv wirken. Ebenfalls kommt beiden die Eigentümlichkeit zu, daß sie nur gegen Urteile angestrengt werden können, die in Form von solchen vom Richter erlassen werden. Was in Form des Beschlusses entschieden wird (Prozeßentscheidung im Gegensatz zur Sachentscheidung), kann nur mittels des *Rekurses* angefochten werden. Die Appellation richtet sich aber gegen ein Urteil erster und die Revision gegen ein Urteil zweiter Instanz. Revisionsinstanz ist der Oberste Gerichtshof; je nachdem ob die Sache spruchreif ist, kann er kassieren oder selbst entscheiden. Nach Pollak[16] liegt der wichtigste Unterschied in der Begrenzung der Revisions- und Berufungsgründe darin, daß es keinen Revisionsgrund der Unrichtigkeit der Beweiswürdigung gibt.

*b)* Die *Nichtigkeits-* oder *Nullitätsbeschwerde* wird als ein der Appellation und der Revision koordiniertes Rechtsmittel behandelt. „Als Fälle der Nichtigkeit, welche von der Gesetzgebung nicht taxativ aufgezählt werden, wurden anerkannt: die absolute Inkompetenz, ein nicht zu beseitigender Mangel in der Person des Richters, die mangelhafte Besetzung des Gerichtes, die Handlungsunfähigkeit einer als Partei auftretenden Person, die Intervention eines unberechtigten Vertreters, dann solche Verletzungen der Prozeßvorschriften, welche eine gründliche Beurteilung der Sache unmöglich machen.“[17]

---

[15] v. Harrasowsky, a. a. O., S. 442—472. Skedl, Das österreich. Civilprozeßrecht, S. 100—117. Rhein. Zeitschr. f. Zivil- und Prozeßrecht, 14. Jahrg., 2. Heft, Juli 1925, Aufsatz von Prof. Dr. R. Pollak, S. 180—203.

[16] Siehe Anmerkung 15.

[17] v. Harrasowsky, a. a. O., S. 457 und 458.

*c)* Die bisher besprochenen Rechtsmittel wirken in der Regel devolutiv; die *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* dagegen nie. Diese ist gegeben für die Fälle eines Versäumnisses und entspricht ungefähr der Wiederherstellung in der bündnerischen Z. P. O. Außerdem erfüllt das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung die Funktionen des bündnerischen Offenrechtes und ist in diesem Fall bis zum Ablauf der Verjährungszeit zulässig.

3. *Deutschland*[18] (Z. P. O. von 1898).

Auffallend ist es, daß das Gesetz hier nur die Berufung, die Revision und die Beschwerde zu den Rechtsmitteln rechnet.[19] Wir müssen aber auch die Wiederaufnahmeklagen erwähnen.

*a)* Die *Berufung* findet gegen alle in erster Instanz (vom Amtsrichter oder von der Landgerichtskammer) erlassenen Endurteile statt. Sie führt prinzipiell zu einer unumschränkten Nachprüfung durch ein höheres Gericht. Die *Revision* hingegen ist zulässig gegen zweitinstanzliche Endurteile (Oberlandesgericht) und führt nur zu einer Nachprüfung in iure durch das Reichsgericht. Der Entstehung und dem inneren Wesen nach bezweckt die Revision die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung; diesem mehr rationellen Gesichtspunkt soll die von der einzelnen Partei ersehnte Verwirklichung der Gerechtigkeit untergeordnet werden. Trotzdem bleibt die Revision, im Gegensatz zu dem französischen Kassationsrekurs, ein vorwiegend im Parteiinteresse wirksames Institut; das äußert sich ganz besonders darin, daß sie nur von der Partei und nicht von der Staatsanwaltschaft eingelegt werden kann. Da die Revision nun aber auch als Mittel zur Rechtskontrolle dienen soll, wird sie nur dort zugelassen, wo ein Gesetz verletzt wird; dieses Gesetz muß über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinaus Geltung haben. In der Schweiz ist die Berufung an das Bundesgericht der deutschen Revision ähnlich. — Als drittes ordentliches Rechtsmittel nennt die Z. P. O. die *Beschwerde;* diese richtet

---

[18] Hellwig, a. a. O., S. 833—877. Schmidt, a. a. O., S. 777—818.
[19] Siehe § 2, S. 17. Schmidt nennt diese Abgrenzung willkürlich.

sich niemals gegen Endurteile, sondern immer nur gegen Beschlüsse, Verfügungen und Zwischenurteile. Im übrigen unterscheidet das Gesetz verschiedene Fälle von Beschwerden, ohne jedoch ein festes Prinzip der Einteilung aufzustellen. Die Aufgaben dieser Beschwerde werden in der bündnerischen Z. P. O. zum Teil durch die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen (Art. 244) erfüllt.

*b)* Unter Wiederaufnahmeklagen faßt die deutsche Z. P. O. die *Nichtigkeitsklage* und die *Restitutionsklage* zusammen. Beide richten sich gegen ein rechtskräftiges Urteil und beiden fehlt die Devolutivwirkung. Sowohl die Nichtigkeits- wie auch die Restitutionsgründe sind im Gesetz abschließend aufgezählt. Die wichtigsten Nichtigkeitsgründe sind: nicht vorschriftsgemäße Besetzung des Gerichts und mangelhafte Vertretung einer Partei. Die Restitutionsgründe entsprechen im allgemeinen denjenigen, die für das Offenrecht vorgesehen sind und die noch später zu besprechen sein werden (siehe § 7, S. 86 ff.).

4. *Schweiz.*

Die Bundesverfassung überläßt die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung den Kantonen (Art. 64, Abs. 3). Daneben besteht aber das Bundesgericht als eidgenössische Einrichtung (Art. 106 ff.). Aus diesen beiden Tatsachen ergibt sich eine Doppelspurigkeit auch für das Rechtsmittelsystem.

*a)* Bund.[20]

Wegen des engen Zusammenhanges zwischen den bündnerischen Rechtsmitteln und denjenigen des Bundes müssen wir diesen eine erhöhte Aufmerksamkeit zuwenden. Weiter oben (§ 1, S. 16 ff.) habe ich versucht, die positiven Einwirkungen darzustellen, die durch die Schaffung einer Zentralinstanz auf die kantonalen Gerichte ausgeübt wurden. Hier möchte ich die einzelnen Rechtsmittel, die die Sache vor das Bundesgericht ziehen, in ihrer Struktur schildern. Es ist klar, daß sie, da sie gleichsam an das kantonale

[20] Schurter-Fritzsche. Das Z. P. R. des Bundes.
Th. Weiß, Die Berufung a. d. Bdger.

Rechtsmittelsystem angegliedert sind, dieses stark beeinflussen.

aa) Die *Berufung* (Recours en Réforme) [21] ist eine revisio in iure und hat also grundsätzlich nur die Prüfung der Rechtsfrage zur Folge. Neben einer gerechten Rechtsanwendung bezweckt sie die Wahrung der Rechtseinheit. Ihre Geltendmachung setzt also eine Verletzung des Bundesrechts voraus. Außerdem wird sie in vermögensrechtlichen Streitigkeiten von der Erreichung eines bestimmten Streitwertes abhängig gemacht.

bb) Die *zivilrechtliche Beschwerde* (Recours de Droit civil) [22] ist, im Gegensatz zur Berufung, ohne Rücksicht auf den Streitwert zugelassen und wirkt in der Regel nicht suspensiv. Sie richtet sich gegen letztinstanzliche kantonale Entscheidungen und zwar auch gegen solche, die der nicht streitigen Gerichtsbarkeit angehören. Diese Entscheidungen sind im Gesetz (O. G. Art. 86) taxativ aufgezählt. Soweit das Gebiet der durch diese Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen nicht genau umschrieben ist, kommt der zivilrechtlichen Beschwerde gegenüber der Berufung die Bedeutung eines subsidiären Rechtsmittels zu (O. G. Art. 87). [23] Sie entspricht also in ihrer Stellung unter den bundesrechtlichen Rechtsmitteln der Nichtigkeitsbeschwerde im bündnerischen Rechtsmittelsystem.

cc) Der *staatsrechtliche Rekurs* (Recours en Droit public) [24] ergänzt in mancher Hinsicht die Berufung und die zivilrechtliche Beschwerde. Erst wenn weder jenes noch dieses Rechtsmittel möglich sind, soll nach ihm gegriffen

---

[21] O. G. Art. 56—85.

[22] O. G. Art. 86—94. Vgl. H. Giesker-Zeller, Die zivilrechtliche Beschwerde an d. Schweiz. Bundesgericht, 1915.

[23] Als subsidiäres Rechtsmittel ist die Beschwerde zulässig: 1. wegen Anwendung kantonalen oder ausländischen anstatt eidgenössischen Rechtes; 2. wegen Verletzung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, mit Ausnahme der Streitigkeiten zwischen Kantonen (Art. 87).

[24] O. G. Art. 175, Ziff. 3, Art. 178, 182—187. B. V. 113[1], Ziff. 3, Art. 4. F. Fleiner, Bundesstaatsrecht, § 49, S. 442—448. Die Literatur unter Anmerkung 20.

werden; darum wird er „ein höchst subsidiäres" Rechtsmittel genannt. Dieser Grundsatz gilt aber nur, soweit als er nicht durch das Gesetz (insbes. O. G. Art. 182) eingeschränkt ist. Sein Ziel ist die Aufhebung eines Entscheides, der wegen Verfassungswidrigkeit nichtig ist; aber indirekt kann dieser Rekurs auch zum Schutze privatrechtlicher Interessen dienen. Besonders häufig wird in Graubünden dieser Rekurs zur Anfechtung von Beiurteilen verwendet, da diese, mit Ausnahme der Kompetenzentscheide, durch kein kantonales Rechtsmittel angefochten werden können. Die Einführung des staatsrechtlichen Rekurses hat das kantonale Rechtsmittel der Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung in seiner Bedeutung stark beeinträchtigt. Diese wurde durch die kantonale Z. P. O. von 1907 in eine bloße Disziplinarbeschwerde verwandelt.

dd) Zu den außerordentlichen Rechtsmitteln gehören die *Revision* und die *Erläuterung*.[25] Sie wirken niemals devolutiv und in der Regel auch nicht suspensiv. Sie sind beide zulässig gegen Urteile, die das Bundesgericht als einzige Instanz gefällt hat; während aber mit der Revision sowohl Berufungsurteile als Beschwerdeurteile angefochten werden können, kann die Erläuterung nur gegen Berufungsurteile gerichtet sein. Die Erläuterung bedarf hier keiner Erörterung. Das Rechtsmittel der Revision hingegen weicht wesentlich ab von der Revision im bündnerischen Z. P. R. Das Bundesrecht versteht unter Revision einerseits eine Nichtigkeitsbeschwerde und andererseits eine Revision im engeren Sinne.[26] Nichtigkeitsgründe sind Verstöße gegen wichtige Grundsätze im Verfahren: wenn das Gericht ungehörig besetzt war; wenn tatsächliche Verhältnisse, welche in den Akten nicht enthalten sind, berücksichtigt wurden, ohne dabei dem Gesetze gemäß (Art. 2 B. Z. P.) vorzugehen; wenn das Gericht einer Partei mehr oder anderes zugespro-

---

[25] O. G., Art. 95—99. B. Z. P., Art. 192—198.

[26] Dieses Rechtsmittel ist also verwandt mit der Requête civile des französischen Rechts.

chen, als sie selbst verlangt hat, oder weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (B. Z. P. Art. 4); wenn die Beratung oder Abstimmung nicht öffentlich stattgefunden hat (B. Z. P. Art. 181); wenn das Gericht in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen gar nicht oder irrtümlicherweise gewürdigt hat (B. Z. P. Art. 192); wenn einzelne Punkte der Klage oder Widerklage unbeurteilt geblieben sind. Eigentliche Revisionsgründe nennt Art. 192 B. Z. P. zwei: 1. „wenn der Impetrant entschiedene Beweismittel auffindet, deren Beibringung ihm im früheren Verfahren unmöglich gewesen war"; 2. „wenn auf dem Wege des Strafprozesses erwiesen wird, daß ein Richter, der an der Ausfällung des Urteils teilgenommen hatte, bestochen war oder daß die Gegenpartei des Impetranten oder ein zu ihren Gunsten Handelnder ein Verbrechen oder Vergehen verübt hatte, um das in Frage liegende Urteil auszuwirken". Für die Wirkung und das Verfahren finden im allgemeinen dieselben Vorschriften auf beide Arten der Revision Anwendung.

ee) Als Rechtsmittel im weiteren Sinne kann auch die in Art. 171 B. Z. P. genannte *Beschwerde*[27] angesehen werden. Sie ist den Parteien gegeben zur Anfechtung von Verfügungen des Instruktionsrichters. Da im bündnerischen Zivilprozeß der Gerichtspräsident den Prozeß instruiert, heißt hier das analoge Rechtsmittel die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen.

*b)* K a n t o n e.[28]

Bisher wurden die Rechtsmittel großer Staaten und die des schweizerischen Bundesgerichtes einer Betrachtung unterzogen. Ich wende mich jetzt den kantonalen Zivilprozeßordnungen zu und will versuchen, einige dieser Rechtsmittelsysteme in bestimmte Rubriken zu bringen. Obschon die Auswahl außerordentlich groß ist, fällt es schwer, in der Vielgestaltigkeit der kantonalen Rechte einheitliche Prinzipien zu entdecken. Indem ich den Ausführungen

---

[27] Art. 171, 173—178 B. Z. P.

[28] A. Heusler, a. a. O., S. 150—179.

Heuslers folge, lege ich der Einteilung das *Verhältnis von Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde* (Beschwerde) zu Grunde. Darin liegt der Hauptunterschied zwischen den zahlreichen Rechtsmittelsystemen. Das außerordentliche Rechtsmittel der *Revision* zeigt so wenig Abweichungen in den verschiedenen kantonalen Zivilprozeßordnungen,[29] daß wir uns hier darauf beschränken können, die Namen zu nennen, die demselben Institut in den einzelnen Kantonen gegeben werden: Revision, Offenrecht, neues Recht, Wiederherstellung, Restituzione in intero.

aa) *Basel-Stadt, Basel-Land, Tessin* und *Wallis* haben ein ähnliches Verhältnis zwischen der Appellation und der Beschwerde (Nichtigkeitsbeschwerde, Nichtigkeitsklage, Ricorso in Cassazione) wie *Graubünden.* Die Beschwerde ist nur in nicht appellablen Streitfällen zulässig unter bestimmten Voraussetzungen, die bei Basel (Stadt und Land) eigentliche Nichtigkeitsgründe darstellen, bei Graubünden, Tessin und Wallis auch bei Widerspruch mit einer Gesetzesbestimmung gegeben sind.

bb) „Zu diesen Gesetzen stehen in direktem Gegensatz ein paar Kantone, die grundsätzlich richtiger die Appellations- und die Beschwerdefälle nach ihrer inneren Natur auseinanderhalten und die vom Gesetze aufgestellten Nichtigkeitsgründe nicht anders als durch Nichtigkeitsbeschwerde anfechten lassen gleichviel, ob es sich um appellable oder nichtappellable Sachen handelt:“[30] *Uri, Schwyz* und *Obwalden.*

cc) Die *aargauische* Z. P. O. umfaßt unter dem Namen Beschwerde zwei verschiedene Rechtsmittel: a) eine subsidiäre beschränkte Appellation und b) eine Beschwerde, die auch bei appellablen Sachen und in ganz verschiedenartigen Fällen[31] gegeben ist.

---

[29] Mit Ausnahme des Kantons Wallis kennen alle Kantone die Revision.

[30] Heusler, wie oben, S. 156.

[31] Diese Beschwerde kann eingereicht werden gegen Entscheide über den Streitwert, über die Prozeßfähigkeit, über die Armenrechtsbewilligung, über die Urkundeneditionspflicht u. a.

*Zürich* läßt die Nichtigkeitsbeschwerde prinzipiell nur subsidiär neben der Appellation zu; außerdem gibt es aber noch einen „Rekurs", den Heusler „ein Gemisch von allen möglichen Beschwerdefällen" nennt,[32] und der der aargauischen, sub b) genannten Beschwerde ähnlich ist.

Seit dem Gesetze vom Jahre 1918 kennt auch *Bern*[33] nicht mehr eine einheitliche Nichtigkeitsklage. Neben der reinen Nichtigkeitsklage (in Art. 359) besteht noch eine Nichtigkeitsklage (in Art. 360), der die Bedeutung einer subsidiären beschränkten Appellation zukommt.

dd) In den Kantonen *Glarus* und *Solothurn* wird die Nichtigkeitsbeschwerde von der Appellation absorbiert. *Genf* kennt ebenfalls keine Nichtigkeitsbeschwerde; hier werden aber der Revision deren Aufgaben zugewiesen.

ee) Zuletzt möchte ich noch erwähnen, daß *Neuenburg* keine Appellation, sondern bloß einen „recours en cassation" besitzt.

---

[32] a. a. O., S. 164.

[33] Vgl. R. Zumbühl, Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bernischen Z. P. O. Diss. Bern 1927, S. 4—11.

# II. Abschnitt.

## SPEZIELLER TEIL.

### § 4.

### Die Appellation.

#### I.

#### Der Begriff.

In § 2 wurden die wesentlichen Eigenschaften der Berufung genannt. Einen Rückblick über das Gesagte gibt uns die von Steiner aufgestellte Umschreibung der Appellation: „Die Appellation ist das zweitinstanzliche, suspensive, devolutive, auf Prüfung der Rechts- und der Tatfrage gerichtete, regelmäßig an eine Notfrist und an das Vorhandensein eines bestimmten Streitwertes (der Appellationssumme) gebundene Rechtsmittel, das Aenderung des erstinstanzlichen Urteiles zum Zwecke hat.“ [1]

Wir behandeln zunächst die eigentümlichen Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit eine Appellation eingereicht werden kann; dann die Einreichung selbst und deren Wirkungen und schließlich die Verhandlung und Entscheidung vor zweiter Instanz.

#### II.

#### Die Zulässigkeit.

Damit die Appellation statthaft sei, ist vor allem nötig das Interesse einer Partei an der Nachprüfung eines erstinstanzlichen Entscheides. Diesem subjektiven Faktor kann als objektives Moment die Natur des Entscheides gegen-

[1] E. Steiner, Die Appellation, S. 10.

übergestellt werden, unabhängig von der Partei, die er angeht. Ich will nun versuchen, die subjektiven und die objektiven Voraussetzungen in diesem Sinne zu untersuchen.

### 1. *Die Legitimation.*

*a)* Der Appellant muß sich durch den fraglichen Entscheid inhaltlich verletzt fühlen (Art. 245). Grundlegend für den Begriff der Interessenverletzung ist das von der Partei gestellte Begehren; wird dieses zugesprochen, so gilt die Partei als zufriedengestellt. Dabei wird nach der herrschenden Ansicht auf die Dispositive des erstinstanzlichen Urteils abgestellt, nicht auf die Motive. Es läßt sich der extreme Fall denken, daß die Motive eines Urteils gesetzwidrig lauten, daß aber, ungeachtet dessen, das Urteil für die Partei günstig ausgefallen ist; sie kann nicht appellieren.

*b)* Da also der Appellant durch das erstinstanzliche Urteil beschwert sein muß, sind die Parteien zur Appellation legitimiert (Art. 245). Die bündnerische Z. P. O. berücksichtigt auch noch den Fall der Streitverkündung und der Intervention eines Dritten (Art. 44, 47). Sowohl der Eingerufene als der Nebenintervenient [2] sind berechtigt, selbständig Rechtsmittel zu ergreifen. Die Hauptintervention kennt der bündnerische Zivilprozeß nicht.

*c)* Nicht legitimiert zur Appellation ist, wer auf das Rechtsmittel der Appellation verzichtet hat. [3] Aus dem allgemeinen Grundsatze des Zivilprozesses, der den Parteien die Dispositionsbefugnis über die im Streit befangenen Rechte verleiht, wird nämlich gefolgert, daß die Berufung durch Parteidisposition ausgeschlossen werden könne. Das Gesetz bemerkt zu der Zurückziehung der Appellation, daß für diese die gleichen Bestimmungen anzuwenden seien wie für die Zurückziehung der Klage (Art. 255). Hierüber äußert sich J. B. Caflisch in seinem bereits erwähnten Kommentar (ad Art. 275): „Selbstverständlich bezieht sich dieser

---

[2] Der Nebenintervenient muß sich am Streit vor erster Instanz beteiligt haben. Siehe E. 1918, S. 119.

[3] Siehe Th. Weiß, a. a. O., S. 93 und 94. Leuch, Kommentar zur bern. Z. P. O., S. 236.

Artikel bloß auf die Kostenfrage, da eine Klage, auch wenn sie zurückgezogen wurde, wieder erhoben werden kann, während bei einer einmal zurückgezogenen Appellation gegen ein erstinstanzliches Urteil es dabei sein Bewenden hat.“ Wir fügen aber hinzu, daß der Art. 255 auch für den Zeitpunkt der Zurückziehung von Bedeutung ist. Der Appellant kann die Appellation bis zum neuen Urteil jederzeit zurückziehen (Art. 123).

Außerdem kann noch durch folgende Mittel auf die Appellation verzichtet werden: Abschluß eines Vergleichs, einseitige Erklärung und Vereinbarung der Parteien.

### 2. *Die appellablen Entscheide.*

Welche Entscheide können Gegenstand der Appellation sein? In der Beantwortung dieser Frage müssen wir die Entscheide nach verschiedenen Gesichtspunkten untersuchen. Die Entscheide können eingeteilt werden: a) nach dem Streitwert, b) nach der Form, c) nach dem materiellen Inhalt oder dem Rechtsgebiet. Ein Entscheid ist erst dann appellabel, wenn er den drei Erfordernissen genügt, die im folgenden getrennt behandelt werden.

*a)* Die Grundlage der Gerichtsorganisation bildet die Verteilung der Kompetenzen, die in erster Linie auf dem Streitwert aufgebaut ist (Art. 8—11). Wir wollen nun die Rangordnung der Gerichte von diesem Standpunkte aus betrachten. Der Vermittler beurteilt Streitigkeiten bis auf den Betrag von 150 Fr.; die Bezirksgerichtsausschüsse beurteilen Streitigkeiten von über 150—600 Fr.; die Bezirksgerichte beurteilen Streitigkeiten von über 600 Fr. Die bisher genannten Gerichte urteilen nur erstinstanzlich. Das Kantonsgericht beurteilt als Appellationshof Streitigkeiten im Wertbetrage von über 1500 Fr. Daraus ergibt sich, was schon im § 1 hervorgehoben wurde, daß nur Prozesse, deren Streitwert höher als 1500 Fr. ist, appellabel sind. Dem Streitwert kommt also für die Appellabilität der beurteilten Sache eine ausschlaggebende Bedeutung zu; dieser Streitwert bemißt sich nach der Summe, die vor erster Instanz streitig war.

Etwas ganz Verschiedenes war die summa gravaminis des gemeinen Rechts; hier wurde auf den Nachteil abgestellt, den die Partei durch das Urteil erlitten hatte, auf den Wert des Beschwerdegegenstandes. Ebenso versteht das deutsche Recht unter Revisionssumme „denjenigen Betrag, um den der Revisionskläger durch das Urteil der Berufungsinstanz in seinem Rechte verkürzt zu sein behauptet und hiernach in seinen Revisionsanträgen Aufhebung des Berufungsurteils verlangt". [4]

Im Gegensatz zu diesem Prinzip steht das bündnerische Recht, das mit der Mehrzahl der schweizerischen Kantone dem französischen Recht gefolgt ist. [5] „Für die Zulässigkeit der Appellation ist derjenige Streitwert maßgebend, der sich aus den Begehren und Erklärungen der Parteien ergibt, welche dem erstinstanzlichen Urteile zu Grunde gelegen haben." Diese Bestimmung (Art. 141) der bernischen Z. P. O. könnte in die bündnerische Z. P. O. ohne weiteres übernommen werden. Als eine einfache Folgerung aus dem Begriff der Appellationssumme erscheint uns nun die Argumentation des Kantonsgerichtes (Z. U. 1911, S. 158), daß es an der Appellationsfähigkeit eines Anspruches nichts ändert, wenn das erstinstanzliche Urteil nicht den ganzen Klageanspruch gutheißt oder der Kläger in der Appellationsinstanz einen Teil seines Anspruches fallen läßt. Eine nachträgliche Veränderung im Streitwert beeinflußt nur dann die Appellabilität, wenn sie von den Parteien anerkannt wird, d. h. wenn im Verlaufe des Verfahrens vor erster Instanz Teilbeträge vom Kläger fallen gelassen oder vom Beklagten anerkannt werden. [6]

Ueber die Art und Weise der Berechnung des Streitbetrages bestimmt das Gesetz in Art. 12, daß alle eingeklagten Forderungen zusammenzurechnen seien. Eine Eigentüm-

---

[4] Die Z. P. O. für das Deutsche Reich, erläutert von Stein, 2. Bd., Seite 73.

[5] Siehe Steiner, a. a. O., S. 41—43. Eine dritte Möglichkeit zeigt das deutsche Recht: Zulassung der Berufung gegen alle in erster Instanz erlassenen Urteile. Deutsche Z. P. O., § 511.

[6] Siehe Z. U. 1924, S. 127; 1910, S. 91. Ebenso E. 1923, S. 77.

lichkeit besteht darin, daß der Wert einer allfälligen Widerklage dem Streitwert addiert wird. In sämtlichen Kantonen gilt hingegen die Regel, daß die erstinstanzlichen Prozeßkosten bei der Berechnung des Streitwertes ausgeschlossen sind.

*b)* Die theoretisch schwierigste Einteilung ist diejenige, die auf die Form der Entscheide abstellt. Das Problem vereinfacht sich in der bündnerischen Z. P. O. von 1908 insofern, als hier grundsätzlich nur *Haupturteile* selbständig appellabel sind. Das kantonale Gesetz folgte somit dem Vorbild des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Den Begriff Haupturteil des Art. 58[1] O. G. sucht Th. Weiß auszulegen; [7] er sagt: „... es fällt unter diesen Begriff nicht bloß ein Urteil, das direkt über den materiellen Anspruch entscheidet, ihn gutheißt oder abweist, sondern auch ein solches, das dies indirekt — namentlich durch Gutheißung einer sogenannten peremptorischen Einrede — tut, dessen Wirkung auf ein definitives Abweisen des Anspruches für den Kläger (so, wie er auftritt) hinausläuft." [8] Den Gegensatz zum Haupturteil bilden alle Entscheide rein prozeßrechtlicher Natur, z. B. über die Rechtshängigkeit, die Prozeßfähigkeit und die Gerichtszuständigkeit. Als Haupturteil muß hingegen angesehen werden: ein Urteil, das die Einrede der Verjährung, der Klagverwirkung, der abgeurteilten Sache, des Vergleichs, der mangelnden Parteifähigkeit oder Sachlegitimation gutheißt. Haupturteile sind ferner auch die Kontumazurteile. Wir wissen bereits aus § 2, daß der gemeinrechtliche Satz „contumax non appellat" von dem Gesetz durchbrochen wurde (Art. 245, 140). Das Gesetz schweigt hingegen über den Unterschied, der in der Lage der beiden Parteien besteht. Für den Verfällten sind nämlich die abweisenden Urteile, die sich auf die Frage der Aufhebung der Kontumaz beziehen, immer Haupturteile; für die andere Partei hingegen nie. Die Lage der beiden

---

[7] Berufung a. d. B., S. 34—52.

[8] Der Nachteil dieser Umschreibung besteht darin, daß es oft schwer festzustellen ist, ob ein materieller Anspruch mittelbar definitiv abgewiesen wird.

Parteien wird indessen gleich, sobald eine Partei, während deren Abwesenheit ein Urteil gefällt wurde, das Wiederherstellungsgesuch eingereicht hat und ein neues Urteil in der Sache gefällt wurde; es können dann grundsätzlich beide Parteien appellieren.

Zu den Haupturteilen müssen auch die Endurteile eines Schiedsgerichtes gerechnet werden. Gegen diese wird die Appellation aber nicht zugelassen (Art. 163).

Nur mit dem Endurteil appellabel sind die vor demselben ergangenen *Gerichtsbeschlüsse* und *Beiurteile;* es bedarf dazu weder einer besonderen Appellationserklärung noch einer besonderen Vertröstung (Art. 245). Das Gesetz wird aber durch die Praxis des Kantonsgerichtes [9] insofern ergänzt, als bei gewissen abweisenden Entscheiden der ersten Instanz ein besonderes Verfahren eingeschlagen werden muß, um ihre Weiterziehung herbeizuführen. Wenn nämlich die erste Instanz ein Beweismittel nicht erhebt, das eine Partei beantragt hat, so muß diese darüber vorfraglich entscheiden lassen und bei Beginn der Appellationsverhandlung ihr Begehren anbringen, [10] sonst wird das Beweismittel als Novum von der zweiten Instanz ausgeschlossen (Art. $154^1$ und $155^2$). Als Beweismittel können in Frage kommen Edition einer Urkunde, Zulassung von Zeugen, Herbeiziehung von Sachverständigen und richterliche Befragung.

Es gibt aber auch in der bündnerischen Z. P. O. Gerichtsbeschlüsse und Beiurteile, die selbständig appellabel sind. Zu diesen gehören alle Entscheide, die die Frage der Zuständigkeit eines Gerichts betreffen (Art. 245). Daß den Kompetenzentscheiden neben anderen gleichartigen Entscheiden (z. B. über die Prozeßfähigkeit oder Rechtshängigkeit) eine Ausnahmestellung eingeräumt wird, hängt wohl hauptsächlich damit zusammen, daß sie praktisch am häufigsten vorkommen. Die Z. P. O. von 1871 unterschied zwischen der Beschwerde an den Kleinen Rat wegen der örtlichen

---

[9] Siehe Z. U. 1911, S. 97; 1910, S. 83; 1923, S. 17.

[10] Nach dem Sprachgebrauch der Z. P. O. von 1871 werden diese „Erklärungen" Rekurse genannt.

Zuständigkeit[11] und dem Rekurs an die zunächst übergeordnete Rekursbehörde in Fragen, die die Entscheidungsbefugnis mit Rücksicht auf den Wertbetrag betrafen.[12] Ursprünglich kam den Gerichtsstandsfragen im Kanton mehr staatsrechtliche als prozessuale Bedeutung zu; heute müssen sie einfach zu den Prozeßvoraussetzungen gerechnet werden. Es liegt somit kein Grund vor, die örtliche Zuständigkeit anders zu behandeln wie die sachliche.

Nirgends in der Z. P. O. ist ein Wort über das Verfahren gesagt, das bei diesen Appellationsfällen Platz zu greifen hat. Die Gerichtsentscheide[13] belehren uns, daß, nachdem das Kantonsgericht über die Kompetenz geurteilt hat, der eigentliche Prozeß sich vor erster Instanz abwickelt trotz dem Verbot einer Rückweisung an die erste Instanz, die Art. 155² ausspricht.[14]

*c)* Ein weiteres Erfordernis für die Appellabilität wird an den Inhalt der Entscheide gestellt. Die Appellation ist nur zulässig gegen Urteile in Rechtsstreitigkeiten, die den Charakter einer Zivilrechtsstreitigkeit tragen (Art. 11).[15] Nicht jeder zivilrechtliche Streit kann aber Gegenstand der Appellation an das Kantonsgericht sein.

1. Urteile in Streitsachen wegen Ungültigkeit der geschlossenen Ehe, wegen Ehescheidung und Vaterschaftsklagen (Art. 10, Ziff. 3, und Art. 11) können, sofern der Streitgegenstand sich nicht zu einer vermögensrechtlichen Schätzung eignet,[16] nur mit der Berufung an das Bundes-

---

[11] Art. 247—250 Gerichtsstand im abstrakten Sinn.

[12] Art. 251—255 sachliche Zuständigkeit.

[13] Z. U. 1924, S. 129; 1923, S. 29—32.

[14] Die Parteien können sich jedoch dahin einigen, daß die Sache nicht mehr an die erste Instanz zurückgewiesen wird.

[15] Es können oft Zweifel entstehen, ob eine Streitigkeit zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sei. Siehe Z. U. 1923, S. 29—32; 1924, S. 38 und 58; Th. Weiß, a. a. O., S. 4—12.

[16] Das Kantonsgericht erklärt in einem Entscheid (1914, S. 11—13), daß die unter den Ehegatten zu regelnden vermögensrechtlichen Fragen, die eigentliche güterrechtliche Auseinandersetzung, die mit der Frage des Verschuldens einer Partei in keinem Zusammenhang steht, Gegenstand der Appellation an das Kantonsgericht sein können. Siehe auch Z. U. 1920, S. 6 ff.

gericht angefochten werden. Hier hat das kantonale Prozeßrecht der Bundesrechtspflege Rechnung getragen, die in allen Streitfällen, wo der Streitgegenstand seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliegt, die Berufung an das Bundesgericht unabhängig vom Streitwert für zulässig erklärt (O. G. Art. 61). Der kantonale Gesetzgeber hat sicher zum Vorteil der Parteien in diesen Fällen den Instanzenzug gekürzt. Zuständig in erster Instanz für Klagen auf Ungültigkeit der geschlossenen Ehe und auf Ehescheidung und Vaterschaftsklagen sind die Bezirksgerichte. Man kann sich vielleicht fragen, warum der Gesetzgeber diese Kompetenzen nicht dem Kantonsgericht übertragen hat; aber da spielt natürlich die Erwägung mit, daß die Zeit für die dem Kantonsgericht obliegenden Geschäfte ohnedies eng bemessen ist, da es ordentlicherweise nur vier Jahressitzungen abhält (Art. 148).[17]

2. In diesem Zusammenhang muß noch an die in § 1 erwähnte erstinstanzliche Kompetenz des Kantonsgerichtes auf dem Gebiete des sogen. geistigen und gewerblichen Eigentums erinnert werden.[18] Selbstverständlich kann hier nicht an das Kantonsgericht appelliert werden.

## III.

### Die Geltendmachung der Appellation.
(Die Formalien der Appellation.)

Zu den Voraussetzungen der Appellation können auch noch gerechnet werden die Gültigkeitsvorschriften, die bei Geltendmachung dieses Rechtsmittels berücksichtigt werden müssen. Sie verlangen von der beschwerten Partei die Vornahme einer bestimmten Handlung innerhalb einer bestimmten Zeit.

#### 1. *Die Frist.*

Die Appellation muß innerhalb einer Frist, die vom Gesetze (Art. 246) bestimmt ist, geltend gemacht werden. Diese

---

[17] Siehe § 1, Seite 16.

[18] Siehe auch O. G., Art. 62, und Th. Weiß, a. a. O., S. 53 und 54.

gesetzliche Frist beträgt 14 Tage; sie kann nicht verlängert werden (Art. 71).[19] Sie beginnt mit der in öffentlicher Sitzung vorgenommenen Verkündigung, mit der sogen. Eröffnung des Urteils (Art. 246). Ist eine Partei abwesend, so muß ihr das Urteil schriftlich mitgeteilt werden, und die Frist beginnt dann erst mit der Zustellung.[20]

Wie verhält es sich mit den Kontumazialurteilen? Tritt bei diesen trotz Ablauf der angesetzten Wiederherstellungsfrist das Urteil nicht in formelle Rechtskraft, solange es dem Verfällten nicht zugestellt werden konnte? Aus Analogie zu der Nichtigkeitsbeschwerde muß der Schluß gezogen werden, daß gegen ein Kontumazialurteil erst dann appelliert werden kann, wenn die Wiederherstellungsfrist verstrichen ist (siehe § 5, Seite 70). Der Beginn der Frist dürfte demnach auf das Ende der Wiederherstellungsfrist fallen.

Die Appellationsfrist wird eine Notfrist (peremptorische oder zerstörliche Frist) genannt, da deren Nichteinhaltung die Verwirkung des Rechtes auf die Appellation verursacht. Gegen die Folgen der Versäumnis kann die säumige Partei Wiederherstellung verlangen, wenn sie beweist, daß ihre Einhaltung infolge höherer Gewalt unmöglich war (Art. 72 und 246[3]).

Bei der Berechnung der Frist darf der erste Tag, d. h. der Tag der offiziellen mündlichen oder schriftlichen Mitteilung nicht mitgerechnet werden (Art. 70).

### 2. *Die Erklärung.*

*a)* Die Appellation muß in vorgeschriebener Weise erklärt werden; sonst ist sie ungültig. Diese Formvorschriften sind nach bündnerischem Gesetz außerordentlich einfach: vor versammeltem Gerichte kann die Appellation mündlich erklärt, sonst aber muß sie schriftlich dem Gerichtspräsi-

---

[19] Siehe auch § 5, Seite 69.

[20] Die Urteile müssen in allen jenen Rechtsstreitigkeiten, gegen welche die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist, den Parteien von Amtes wegen schriftlich mitgeteilt werden (O. G., Art. 63, Ziff. 4). Hier wird die Berufungsfrist immer von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an gerechnet (O. G., Art. 65).

denten der ersten Instanz angezeigt werden. Außerdem muß der Appellant für Fertigung und Abschrift des Aktenverzeichnisses eine Vertröstung von 15 Fr. leisten (Art. 246).[21]

An den Inhalt der Appellationserklärung werden keine besonderen Anforderungen gestellt. Keineswegs nötig ist also die Bezeichnung der angefochtenen Punkte und der Abänderungsanträge. Als selbstverständlich wird offenbar im Gesetz vorausgesetzt, daß die Personalien und das Urteil, gegen welches appelliert wird, angegeben werden.[22]

Zu den Gültigkeitsvorschriften kommt aber noch eine zweite Vertröstung, die von der appellierenden Partei innerhalb 21 Tagen seit der Eröffnung oder Mitteilung des Entscheides bei dem Kantonsgericht erlegt werden muß (Art. 250 und 300). Diese Frist ist ebenfalls peremptorisch; wird sie nicht eingehalten, so wird angenommen, die Partei verzichte auf die Appellation.

*b)* Das Gesetz schreibt dem Gerichtspräsidenten der ersten Instanz genau seine Obliegenheiten vor. Wenn die Appellationserklärung nicht in Gegenwart der Gegenpartei ergeht, so hat er dieser sofort hiervon Kenntnis zu geben (Art. 247). Er muß für die Aktenverschickung Vorbereitungen treffen. Durch Abschriften des Aktenverzeichnisses gibt er den Parteien Gelegenheit, innert der Notfrist von sieben Tagen Einwendungen gegen dasselbe zu erheben. Dem Kantonsgericht kommt es dann zu, über diese zu entscheiden (Art. 248). Innerhalb vierzehn Tagen seit der Appellationserklärung müssen alle bei der Beurteilung vorgelegten Akten, die Rechtsschriften der Parteien, das Gerichtsprotokoll, das Urteil, die Appellationserklärung und ein amtlich unterzeichnetes Aktenverzeichnis unter Amtssiegel der zweiten Instanz verschickt werden (Art. 249). Wenn diese Akten nicht innert der genannten Frist eintreffen, so soll der Präsident des Kantonsgerichtes sie einfordern (Art. 252).

---

[21] Wird die Vertröstung nicht entrichtet, so kommt das Verfahren nach Art. 50 Z. P. O. zur Anwendung.

[22] Siehe Steiner, a. a. O., S. 62.

## IV.
## Die Verhandlung und Entscheidung.

### 1. *Die Prüfung der Zuständigkeit.*

Da das Gesetz sich über diesen Punkt nicht ausspricht, muß nach Analogie zu dem Verfahren vor Bezirksgericht angenommen werden, daß das Kantonsgericht selbst seine Zuständigkeit von Amtes wegen oder auf bezügliche Einrede prüft (Art. 114). Ebenfalls steht es demnach dem Kantonsgericht zu, über ein allfälliges Wiedereinsetzungsbegehren gegen Versäumnis der Appellationsfrist zu entscheiden. Der Gerichtspräsident des Bezirksgerichtes handelt nach Einlegung der Appellation „lediglich als gesetzlicher Mandatar" der Parteien und des Kantonsgerichts; über die Zulässigkeit des Rechtsmittels steht ihm keine Kognition zu. [23]

Nach der Z. P. O. von 1871 mußte der Appellat, wenn er die Appellabilität bestreiten wollte, dies innerhalb einer Notfrist beim Gerichtspräsidenten der ersten Instanz anzeigen (Art. 266). Die neue Z. P. O. hat diesen Artikel gestrichen; es soll offenbar den Parteien freistehen, Einreden über die Zulässigkeit der Appellation bei Beginn der Hauptverhandlung geltend zu machen.

Ausstandsbegehren gegen Mitglieder des Kantonsgerichts sind spätestens vier Tage vor der angesetzten Verhandlung anzumelden. Wenn sie später gestellt werden, so brauchen sie nicht mehr berücksichtigt zu werden (Art. 150).

### 2. *Die Parteien.*

#### a) Die Vorträge der Parteien.

Das Verfahren ist insofern mündlich, als der Appellant sowohl als der Appellat das Recht auf je zwei Vorträge hat (Art. 154). „Diejenige Partei, welche appelliert hat, hat das erste Wort, die nichtappellierende das letzte, mag der Appellant Kläger, Beklagter, Widerkläger oder Widerbeklagter sein. Haben beide Parteien appelliert, so ist die Reihenfolge gleich wie vor erster Instanz." [24]

---

[23] Th. Weiß, a. a. O., S. 113; G. Leuch, a. a. O., ad Art. 341.
[24] J. B. Caflisch, a. a. O., ad Art. 152.

Selbstverständlich soll die Hauptverhandlung erst nach Sammlung des Beweismaterials abgehalten werden. Wenn diese durch Beschwerden, die in erster Instanz erfolglos geblieben sind, verzögert wurde, so müssen die Parteien jedenfalls mit ihrem zweiten und letzten Vortrage so lange warten, bis die erstinstanzlichen Beweise ergänzt worden sind (Art. 155, Al. 2).

Die Parteien sind durch das vor erster Instanz Vorgetragene nicht beschränkt; sie können die Anträge vor Kantonsgericht abändern und ergänzen. Sie können auch neue Einreden vorbringen, insofern sich diese auf das aktenmäßige Beweismaterial stützen (Art. 154). Es können z. B. aus den vorliegenden Akten gegen die klägerische Ansprache die Einreden der Zahlung, der Kompensation oder der Verjährung sich ergeben, obschon sie vor Bezirksgericht nicht geltend gemacht wurden.

Neue Beweismittel (Nova) dürfen vor zweiter Instanz nicht angerufen werden, es sei denn, daß ein Revisionsbegehren gestellt wurde. In diesem Fall folgt die Revision der Devolutivwirkung der Appellation (Art. 154 in Verb. mit 272).

### b) Das Ausbleiben einer Partei.[25]

Die Parteien werden in der Regel 14 Tage vor der Gerichtssession zu den Verhandlungen vor Kantonsgericht eingeladen (Art. 148). Wenn im erstinstanzlichen Verfahren eine der Parteien ausbleibt, so wird das Kontumazialverfahren angewendet, von dem in § 2 die Rede war. Im Gegensatz zu diesem werden die Parteien vor Kantonsgericht, wenn eine bei den Verhandlungen abwesend ist, verschieden behandelt; ähnlich wie bei dem Verfahren vor dem Vermittler als Sühnebeamter (Art. 85) wird zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein Unterschied gemacht. Wenn der Berufungskläger bei der Gerichtsverhandlung ausbleibt, so wird angenommen, er habe auf die Appellation

---

[25] Für Klagen und Entscheide betreffend Scheidung oder Nichtigkeit einer Ehe haben die folgenden Ausführungen keine Geltung (Artikel 166 III).

verzichtet; bleibt dagegen der Appellat aus, so wird dessenungeachtet auf Grund der Akten nach Anhörung des Appellanten entschieden (Art. 157).

Die Wiedereinsetzung ist nicht nur für den Appellanten möglich, sondern auch für den Appellaten. Verschieden aber vom erstinstanzlichen Verfahren wird die Wiederherstellung nur einmal und nur bei genügenden Rechtfertigungsgründen gewährt (Art. 158).

### 3. *Die Ueberprüfungsbefugnis.*

Der erstinstanzliche Richter stellt bekanntlich den Tatbestand fest und subsumiert diesen unter eine bestimmte Rechtsregel. Er zieht sowohl die Tatfrage wie die Rechtsfrage in Erwägung. Das Kantonsgericht prüft vor allem die Rechtsfrage; diese Prüfung erstreckt sich auf die Mängel des Verfahrens wie der Entscheidung. Die Prüfung der Tatfrage ist für das Appellationsgericht hingegen wesentlich eingeschränkt durch das Novenverbot.

In Fällen, in welchen vor erster Instanz ein richterlicher Augenschein auf Antrag der Parteien stattgefunden hat, ist dieser von der zweiten Instanz in der Regel zu wiederholen; davon kann abgesehen werden, wenn die Parteien darauf verzichten und auch das Gericht seinerseits den Augenschein nicht für nötig findet. Der Augenschein muß in der Regel der Hauptverhandlung vorausgehen. Er soll durch eine Kommission vorgenommen werden, die aus drei vom Präsidenten zu bezeichnenden Mitgliedern zusammengesetzt ist.

Im übrigen prüft das Kantonsgericht, abgesehen von den Anbringen der Parteien, die Resultate der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahmen. Will eine Partei außer dem Augenschein noch andere Beweisaufnahmen wiederholen lassen, weil sie mangelhaft durchgeführt wurden, so muß sie ausdrücklich gegen jene rekurriert haben; dasselbe gilt für diejenigen Beweismittel, deren Zulässigkeit vom erstinstanzlichen Gerichte, dem sie von der Partei angetragen wurden, verneint wurde (siehe Seite 48). Das Kantonsgericht kann also Beschwerdeergänzungen zulassen. Selbstverständ-

lich können auch solche Tatsachen und Beweismittel, die für die Zulässigkeit der Appellation ausschlaggebend sind, nicht als Novum angesehen werden.[26]

Aus dem Gesagten geht jedenfalls hervor, daß das Prinzip der Unmittelbarkeit, wonach der Richter nach seiner persönlichen Wahrnehmung urteilen sollte, in dem Verfahren vor Kantonsgericht nicht streng gewahrt wird.[27] Im wesentlichen besteht der Prozeß doch in einer Rechtserörterung auf Grund der erstinstanzlichen Akten. Deswegen sind alle Richter verpflichtet, die Akten eines jeden Streitfalles vor der Hauptverhandlung zu studieren. Es kann vorkommen, daß der Präsident einen Referenten ernennt; das soll dann geschehen, wenn das Beweismaterial besonders schwierig oder die Rechtsanstände besonders verwickelt sind (Art. 152).

4. *Das Urteil.*

*a)* Wenn die Verhandlungen geschlossen sind, so folgt die gerichtliche Beratung und Aburteilung, indem eine allgemeine Diskussion eröffnet und sodann eine namentliche Umfrage gehalten wird; die absolute Stimmenmehrheit entscheidet (Art. 125 und 127).

*b)* Die Appellation ist grundsätzlich auf eine Veränderung des erstinstanzlichen Urteils gerichtet. Man könnte also daraus schließen, daß nur derjenige, der appelliert, eine Veränderung des erstinstanzlichen Urteils herbeizuführen wünscht. Diesen Schluß haben auch die meisten Zivilprozeßordnungen gezogen und demnach der zweiten Instanz nur die Befugnis verliehen, zugunsten des Appellanten das erstinstanzliche Urteil zu verändern. Die bündnerische Z. P. O. aber räumt dem Appellationsgericht weitere Entscheidungskompetenzen ein. Sie kennt die reformatio in pejus. Art. 253 lautet: „Die zweite Instanz ist in allen Appellationsfällen befugt, zugunsten der nichtappellierenden Partei von dem erstinstanzlichen Urteil abzugehen.“ Wenn wir diese scheinbar eigenartige Einrichtung näher betrach-

[26] Steiger, a. a. O., S. 90 und 91.
[27] Steiger, a. a. O., S. 99—105.

ten, so erkennen wir darin einen organischen Bestandteil der bündnerischen Z. P. O. Die reformatio in pejus verstößt nicht gegen das in Art. 128 anerkannte Grundprinzip des Zivilprozeßrechtes: „ne eat iudex ultra petita partium". Sie hängt zusammen mit dem Art. 155: „Die nichtappellierende Partei ist, sofern die Appellation aufrecht erhalten wird, berechtigt, auch ihrerseits auf Remedur des erstinstanzlichen Urteils anzutragen". Die Folge davon ist, daß die bündnerische Z. P. O. keine Anschlußappellation [28] kennt. Jedoch ist eine selbständige Appellation beider Parteien sehr gebräuchlich und keineswegs zwecklos.

Ich glaube nicht, daß die Gerechtigkeit unter der Abschaffung der reformatio in pejus leiden würde. Sie würde jedenfalls den Richtern die Arbeit erleichtern; allerdings wäre dadurch eine tiefgreifende Aenderung in dem ganzen Verfahren unumgänglich.

*c)* Hinsichtlich der *Form* der Urteile gelten im allgemeinen die nämlichen Vorschriften wie für die erste Instanz (Art. 156[II] in Verb. mit 130—132). Das Kantonsgericht kann, wenn es mit den Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils einverstanden ist, auf diese Bezug nehmen (Art. 156[I]). In den meisten Fällen entscheidet das Kantonsgericht auch über die Verteilung der Kosten, die vor erster Instanz aufgelaufen sind.

In diesem Zusammenhang sei noch daran erinnert (§ 1, Seite 16 ff.), daß in den an das Bundesgericht „weiterzüglichen" Fällen auf die Form der Urteile die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege Anwendung findet. Ganz besonders muß noch hingewiesen werden auf die Ausführungen über die Rechtskraft der letztinstanzlichen kantonalen Urteile und auf das

---

[28] Irreführend ist es allerdings, wenn in der Redaktion der Entscheide immer wieder der Ausdruck „Anschlußappellation" vorkommt. Siehe Z. U. 1924, S. 171; 1917, S. 108; 1918, S. 1. In den Motiven eines Urteils (Z. U. 1923, S. 40) heißt es sogar: „... zunächst ist formell zu bemerken, daß er (der Appellat) keine Anschlußappellation erklärt hat und daher prozessual nur auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils antragen kann ..."!

Verhältnis zwischen der Berufung an das Bundesgericht und den kantonalen Rechtsmitteln.

Das Urteil des Kantonsgerichts erwächst in allen Fällen, die nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden können, mit der Eröffnung bezw. Zustellung in Rechtskraft. Nach der Z. P. O. von 1871 war noch die Kassation durch den Kleinen Rat gegen dieses Urteil möglich; nach der Z. P. O. von 1908 sind nur mehr die außerordentlichen Rechtsmittel der Erläuterung und das Offenrecht gegen Urteile des Kantonsgerichts statthaft.

## § 5

## Nichtigkeitsbeschwerde ⟨wegen Gesetzesverletzung⟩.

### I.

### Ueber die Entwicklung und den Begriff.

1. Während die Appellation in ihren Hauptzügen im Laufe der Jahrzehnte ungefähr gleich blieb, änderte die Nichtigkeitsbeschwerde Charakter und Namen bei jeder neuen Z. P. O. Wir wissen bereits, daß die Nichtigkeitsbeschwerde, wie sie seit dem Jahre 1908 bei uns besteht (Beschwerde wegen Gesetzesverletzung), keine reine Nichtigkeitsbeschwerde ist, daß sie Eigenschaften der Appellation in sich aufgenommen hat. Bis zur ersten Kodifikation des Zivilprozeßrechts im Jahre 1855 bestand hingegen eine Nichtigkeitsbeschwerde (Rekurs), deren Wesen theoretisch eindeutig und klar gekennzeichnet war; ich erinnere daran, daß sie nur für die Fälle einer fehlerhaften Prozedur vorgesehen war (siehe § 1, Seite 4 ff.). Das Gesetz vom Jahre 1855 versteht unter Rekurs hingegen, indem es sich offenbar an das österreichische Recht anlehnt, die Anfechtung richterlicher Verfügungen, Maßnahmen oder Unterlassungen, insbesondere Beiurteile, die auf das Haupturteil einen präjudizierlichen Einfluß ausüben (Art. 235). Die Z. P. O. vom Jahre 1871 komplizierte bekanntlich das Rechtsmittelsystem. Unter dem Namen Kassation kehrte nun der frühere Rekurs

wieder (Art. 276—278). Als Nichtigkeitsgründe wurden jedoch nur angeführt: die Nichtanhörung oder die mangelhafte Vorladung einer Partei und der Entscheid ultra petitum. Außerdem kennt das Gesetz eine „ordentliche, unselbständige" und eine „außerordentliche, selbständige" Beschwerde (Art. 257 und 258). Jene war ganz allgemein gegeben zur Anfechtung erstinstanzlicher Gerichtsbeschlüsse und Beiurteile und konnte nur im Zusammenhang mit der Appellation der Hauptsache geltend gemacht werden. Als selbständige Beschwerde bezeichne ich diejenige, die zur Anfechtung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit und wegen Zulassung eines Eides eingeführt wurde, weil sie selbständig geltend gemacht werden konnte. — Die große Anzahl der Rechtsmittel empfand man bald als Mißstand. Eine Kommission, die zur Revision der Z. P. O. eingesetzt wurde, suchte das Rechtsmittelsystem zu vereinfachen. Sie führte ein für Graubünden neues Rechtsmittel ein, das wir schon in verschiedenen Schweizerkantonen unter dem Namen Nichtigkeitsbeschwerde angetroffen haben (§ 3, Seite 41). Sie hob die Kassation auf. Ferner wurde die Beschwerde gegen Beiurteile einfach der Appellation untergeordnet.[1] Dadurch, daß die Kompetenzentscheide den Haupturteilen gleichgesetzt und der Parteieid abgeschafft wurden, war es möglich, die selbständige Beschwerde zu streichen.

2. Schon wiederholt wurde betont, daß die Nichtigkeitsbeschwerde des bündnerischen Rechts zur Appellation im Verhältnis der Subsidiarität steht. Sie dient als Ersatzmittel der Appellation für die Fälle, wo diese fehlt. Die Nichtigkeitsbeschwerde und die Appellation „gehen miteinander parallel, so daß gegebenenfalls nur das eine oder andere dieser Hilfsmittel zur Anwendung gebracht werden kann. Eine Kumulation der beiden Rechtsmittel ist ausgeschlossen" (E. 1924, Seite 105). Dieses Verhältnis zwischen den beiden Rechtsmitteln beeinflußt natürlich auch die Struktur der

[1] Wir haben in § 4, S. 48, gesehen, wie wenig Bedeutung die unselbständige Beschwerde in der neuen Z. P. O. hat; sehr oft behilft sich die Praxis mit dem staatsrechtlichen Rekurs (§ 3, S. 38).

Nichtigkeitsbeschwerde. Da diese die Appellation vertritt, muß sie ihr ähnlich sein. Die Aehnlichkeit unserer Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation ist einerseits daraus zu schließen, daß die Nichtigkeitsgründe, an welche die Geltendmachung des Rechtsmittels geknüpft ist, sehr allgemein unter dem Ausdruck „Gesetzesverletzung" zusammengefaßt sind; andererseits zeigt sich die Aehnlichkeit darin, daß der Kantonsgerichtsausschuß, falls die Sache spruchreif erscheint, nicht bloß das erstinstanzliche Urteil kassiert, sondern selbst ein neues Urteil fällt.

Es drängt sich also die Frage auf: Warum hat man denn nicht die Appellation für alle Entscheide eingeführt? [2] Man wollte ein besonderes Rechtsmittel für Bagatellsachen schaffen. Dieses sollte: 1. nicht in allen Fällen zugelassen werden; 2. wenn es zugelassen wurde, den Parteien weniger Kosten verursachen als das Appellationsverfahren. Jenes wurde dadurch erreicht, daß die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde jeweilen begründet werden muß; dieses dadurch, daß die Ueberprüfungsbefugnis der zweiten Instanz eingeschränkt wurde.

## II.

## Die Legitimation.

Legitimiert zur Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde sind die Parteien, der Eingerufene und der Nebenintervenient, sofern er sich am Streit vor erster Instanz beteiligt hat (E. 1918, Seite 119). Von den Parteivertretern werden zur Einlegung dieses Rechtsmittels keine Vollmachten verlangt (E. 1920, Seite 142).

Während eine Voraussetzung zur Appellation darin besteht, daß eine Partei sich durch das erstinstanzliche Urteil beschwert fühlt, wird zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde das Vorhandensein eines Beschwerdegrundes verlangt. Diese Voraussetzung steht aber in keinem Zusammenhang mit der Legitimation.

---

[2] Siehe Botschaft des Kleinen Rates an den hochlöbl. Großen Rat vom 11. April 1905 betr. Revision der Z. P. O., S. 13—17.

## III.

### Der Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde.

Die richterlichen Entscheide, die durch die Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, müssen bestimmte Eigenschaften aufweisen. Als solche könnte man allerdings auch die in den Beschwerdegründen sich äußernden Mängel des Urteils verstehen. Davon wird aber erst später die Rede sein. Vorläufig wollen wir die Entscheide entsprechend den Ausführungen über die Appellation, im Hinblick auf den Streitwert, die Form und den Inhalt untersuchen.

#### 1. *Der Streitwert der Entscheide.*

Aus dem Verhältnis der Nichtigkeitsbeschwerde zur Appellation ergibt sich, daß nur Entscheide über Streitigkeiten bis zum Wert von 1500 Fr. Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein können. Es fallen also in Betracht: die Entscheide des Vermittlers, der Bezirksgerichtsausschüsse und die „unweiterzüglichen" Entscheide der Bezirksgerichte (Art. 238).

Was versteht das Gesetz unter „unweiterzüglichen" Entscheiden? Alle jene Entscheide, die weder durch die Appellation an das Kantonsgericht noch durch die Berufung an das Bundesgericht [3] weitergezogen werden können. Aus der Tatsache, daß die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen inappellable Urteile zugelassen wird, zieht der Kantonsgerichtsausschuß mit Recht noch weitere Folgerungen. Er schließt daraus, daß der Wille des Gesetzgebers dahin ging, den Parteien nicht mehr als ein ordentliches Rechtsmittel zu geben; gegen Appellationsurteile ist also die Nichtigkeitsbeschwerde nicht gestattet. Deshalb kann gegen Entscheide, die das Bezirksgericht in zweiter Instanz gefällt hat, die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingelegt werden, auch wenn gegen sie nicht appelliert werden kann (E. 1924, Seite 105 ff.). Dieser Fall wird z. B. praktisch bei Schadenersatzforderun-

[3] Siehe E. 1914, S. 55 ff.

gen aus Strafvergehen, die adhäsionsweise im Strafverfahren beurteilt und an das Bezirksgericht weitergezogen werden.[4]

Für die Berechnung des Streitwertes gelten dieselben Regeln wie bei der Appellation (siehe § 4, Seite 45 ff.).

### 2. *Die Form der Entscheide.*

*a)* Zur Hauptsache gilt bei der Nichtigkeitsbeschwerde das, was über die Form der appellabeln Entscheide ausgeführt wurde. Das Gesetz nennt allerdings in Art. 238 an Stelle der Haupturteile die Endurteile; begrifflich dürfte schwerlich ein Unterschied bestehen zwischen Haupt- und Endurteilen. Die Judikatur charakterisiert das Endurteil als ein Urteil, das einen im ordentlichen Verfahren durchgeführten Rechtsstreit zum Abschluß bringt (E. 1923, S. 57).

Auf einige besondere Fälle muß hier noch hingewiesen werden.

aa) Gegen Kontumazialurteile ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, wenn sie nicht appellabel sind und wenn sie wegen Verletzung wesentlicher Formen angefochten werden (Art. 241II).

bb) Gegen Entscheide von Schiedsgerichten kann die Nichtigkeitsbeschwerde zwar eingelegt werden unabhängig vom Streitwert (Art. 163); sie wird jedoch nur bei einer eng begrenzten Anzahl von Nichtigkeitsgründen zugelassen (siehe Seiten 66 und 67).

cc) Gegen Kostendekrete kann keine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden.[5] Eine Ausnahme wird in dem einzigen Falle gemacht, wenn der Kläger den Leitschein unbenutzt auslaufen läßt. Anstatt daß der Beklagte nun für seinen Kostenanspruch eine neue Entschädigungsklage einreichen muß, räumt ein Gewohnheitsrecht dem Vermittler die Kompetenz ein, auf Begehren des Beklagten ein Kostendekret zu erlassen. Dieses selbständige Kostendekret des

---

[4] Polizeigesetz vom Jahre 1897, § 9. Es fallen solche Forderungen in Betracht, die den Betrag von 500 Fr., nicht aber denjenigen von 1500 Fr. erreichen.

[5] Siehe E. 1912, S. 72 und 76; 1913, S. 101; 1914, S. 180.

Vermittlers kann als Endurteil mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden.[6]

dd) Als Endurteil kann hingegen niemals die Abweisung eines Offenrechtsgesuches nach der Praxis des Kantonsgerichts aufgefaßt werden. Dadurch wird nicht über einen materiellrechtlichen, sondern über einen rein prozessualen Anspruch entschieden (E. 1923, Seite 57).

ee) Entscheide des Bezirksgerichtsausschusses im Befehlsverfahren sind ebenfalls keine Endurteile (E. 1924, Seite 150); durch sie werden ja in der Regel bloße Besitzesverhältnisse geordnet. Hier wird übrigens die Anwendung der Nichtigkeitsbeschwerde auch noch durch die Erwägung ausgeschlossen, daß es sich um Streitigkeiten handelt, die schon vorher durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten wurden, da der Kreispräsident den Amtsbefehl erlassen hat (Art. 294).

*b)* Unter denselben Voraussetzungen wie die Endurteile können die Kompetenzentscheide Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein (Art. 238). Auch darin zeigt sich der Parallelismus zwischen der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation. Der Nichtigkeitsbeschwerde fremd ist hingegen die unselbständige Anfechtung der Gerichtsbeschlüsse und der Beiurteile.

*c)* Eine besondere Form der Entscheide bilden die Rechtsöffnungsentscheide; von diesen wird aber anläßlich des Inhaltes der Entscheide gesprochen werden.

### 3. *Der Inhalt der Entscheide.*

*a)* Die Nichtigkeitsbeschwerde dient in erster Linie zur Anfechtung der Urteile in rein zivilrechtlichen Streitigkeiten.

*b)* Eine große Anzahl der Entscheide des Kantonsgerichtsausschusses betreffen aber Rechtsöffnungssachen. Art. 238 nennt nämlich ausdrücklich die Rechtsöffnungsentscheide des Kreispräsidenten als Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde. Eine Ausnahme von den Rechtsöff-

[6] Siehe E. 1925, S. 126 ff.; 1916, S. 185 ff.

nungsentscheiden wird aber im Rechtsöffnungsverfahren hinsichtlich einer Wechselbetreibung gemacht. Hier entscheidet in zweiter Instanz der Ausschuß des Bezirksgerichts und zwar endgültig. [7]

*c)* Gleich einer zivilrechtlichen Streitigkeit werden Injurienstreitigkeiten vom ordentlichen Zivilrichter beurteilt. Für Preßinjurien ist das Bezirksgericht erstinstanzlich zuständig; für sonstige Injurien der Bezirksgerichtsausschuß (Art. 9 und 10). Die Entscheide darüber können beim Kantonsgerichtsausschuß mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. [8]

## IV.

### Die Beschwerdegründe (Gesetzesverletzungen).

„Die Nichtigkeit wird ausgesprochen, wenn der angefochtene Entscheid oder das demselben vorangegangene Verfahren Gesetzesbestimmungen verletzen, welche für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich sind" (Art. 241[I]).

Daraus ersehen wir, daß es sich hier nicht um die in der Wissenschaft des Prozeßrechts bekannten Nichtigkeitsgründe handelt. Die Nichtigkeitsgründe fallen zwar sämtlich unter die zu besprechenden Beschwerdegründe; diese umfassen aber außerdem noch eine Reihe von Möglichkeiten, die sie weit mehr den Revisionsgründen des österreichischen oder des deutschen Zivilprozesses [9] vergleichbar machen als den Nichtigkeitsgründen, die im § 3 erwähnt wurden. Es ist begreiflich, daß die Praxis in Graubünden sich selbst nicht immer klar ist über die Natur der Nichtigkeitsbeschwerde. Man weiß nicht, wo dieses Rechtsmittel eingereiht werden soll; die Judikatur neigt dazu, in der Nich-

---

[7] Ausf. Best. vom Jahre 1912 zum B. G. über Sch. K. G., Art. 12 und 10; E. 1914, S. 155.

[8] Das Gesetz wider den Mißbrauch der Preßfreiheit vom 13. Juli 1839 gestattet im § 5[2] gegen Entscheide über Preßinjurien die Appellation an das Kantonsgericht. Diese Bestimmung wurde aber durch die Z. P. O. von 1908 außer Kraft gesetzt (Uebergangsbest., Art. 2, Ziff. 5).

[9] Die deutsche Z. P. O. erklärt, daß die Revision nur darauf gestützt werden könne, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Gesetzes beruhe (§ 549[1]).

tigkeitsbeschwerde eine Nachbildung der bundesrechtlichen Berufung zu erblicken (E. 1924, Seite 106). Der Kantonsgerichtsausschuß motiviert oft die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils mit einer Aktenwidrigkeit in der Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz [10] oder mit einer willkürlichen Beweiswürdigung durch die erste Instanz. [11]

Ich will nun versuchen, zunächst aus den allgemeinen Beschwerdegründen die Nichtigkeitsgründe herauszuschälen und dann die übrigen Beschwerdegründe zu ordnen.

### 1. *Die Nichtigkeitsgründe.*

Die Nichtigkeitsgründe können entweder als Verletzung gewisser wichtiger Prozeßrechtssätze oder als Mängel in bestimmten Prozeßvoraussetzungen aufgefaßt werden. Die erste Auffassung bedarf keiner weiteren Erklärung; sie erfordert nur die Aufzählung der wichtigen Prozeßrechtssätze. Weniger klar, aber tieferschürfend ist die zweite Auffassung.

R. Schmidt schreibt über die Prozeßvoraussetzungen: [12] „Ein Prozeßgesetz erhebt gewisse Tatsachen zu Prozeßvoraussetzungen, indem es den Erlaß einer Entscheidung über den geltendgemachten Privatrechtsanspruch von der Erweisbarkeit dieser Tatsachen abhängig macht. Die Prozeßvoraussetzungen sind demnach die Eigenschaften, die der Prozeß besitzen muß, um zu einer Sachentscheidung zu führen."

Nicht alle Mängel in den Prozeßvoraussetzungen stellen aber Nichtigkeitsgründe dar; [13] zu diesen werden folgende gerechnet: [14]

---

[10] Siehe E. 1912, S. 57; 1914, S. 29; 1915, S. 83; 1923, S. 33.

[11] E. 1915, S. 107; 1916, S. 170; 1921, S. 14.

[12] Lehrbuch S. 658 und 659.

[13] Auf die Unterscheidung zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen braucht hier nicht eingegangen zu werden.

[14] Die Ausführungen (Fall 1—4) folgen in den Grundlinien der Einteilung der Prozeßvoraussetzungen von R. Schmidt, a. a. O., S. 660 und 661.

A. In der Person des Gerichts:
   1. die fehlende Zuständigkeit des Gerichts, wobei unter Zuständigkeit sowohl die funktionelle als die sachliche und örtliche Zuständigkeit zu verstehen ist;
   2. ein Mangel in der ordnungsmäßigen Gerichtsbesetzung oder die Parteilichkeit einer Gerichtsperson;

B. In der Person der Parteien:
   3. die Partei- oder Prozeßunfähigkeit oder die nicht gehörige Vertretung;

C. In der Streitsache:
   4. die Ungeeignetheit der Sache zur zivilgerichtlichen Entscheidung (Unzulässigkeit des Rechtsweges).

Zu den Nichtigkeitsgründen können außerdem noch folgende Verletzungen wichtiger Prozeßgrundsätze gerechnet werden:
   5. ein Entscheid ultra petita oder das nicht vollständige Eingehen auf den Prozeßstoff und
   6. ein nicht begründetes Urteil.

Obschon die Nichtigkeitsbeschwerde im bündnerischen Prozeßrecht in der Regel auch bei zahlreichen anderen Gesetzesverletzungen eingereicht werden kann, gibt es Entscheide, bei denen entweder nur die genannten oder sogar nur einige der genannten Nichtigkeitsgründe die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde ermöglichen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Kontumazurteile kann nur „wegen Verletzung wesentlicher Formen" erhoben werden (Art. 241II). Es kann sich hier wohl nur um die Nichtigkeitsgründe im engeren Sinn handeln; dem Verfällten steht ja der Weg der Purgation offen, auf dem Verletzungen unwesentlicher Formen oder Verstöße materiellrechtlicher Natur geheilt werden können. [15]

Neben den Kontumazurteilen weichen die Entscheide der Schiedsgerichte [16] von der allgemeinen Regel ab (Art. 163). Ich erinnere daran, daß die Appellation gegen sie nicht zulässig ist; aber auch die Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht

---

[15] Siehe E. 1914, S. 135 ff.; 1918, S. 55.
[16] E. 1914, S. 19 und 20; 1920, S. 75.

zulässig, wenn das Kantonsgericht oder der Kantonsgerichtsausschuß als Schiedsrichter fungiert haben. Gegen Entscheide anderer Schiedsgerichte ist die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kantonsgerichtsausschuß zulässig in folgenden Fällen:

1. Wenn das Schiedsgericht ohne Anhörung einer Partei und zugleich ohne Beobachtung der Vorschriften der Z. P. O. über das Kontumazialverfahren geurteilt hat.
2. Wenn sich am Schiedsspruch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Parteien nicht alle Schiedsrichter beteiligten.
3. Wenn der Schiedsspruch Gegenstände beschlägt, über die kein Schiedsvertrag abgeschlossen wurde (Art. 163).

2. *Andere Beschwerdegründe.*

Beschwerdegrund im weiteren Sinn kann jede Gesetzesverletzung sein. Unter Gesetz ist wohl auch das Gewohnheitsrecht gemeint; sicher fällt darunter nicht nur das Gesetz in formellem Sinn, sondern jede verbindliche Rechtsnorm, z. B. auch ein Großratsbeschluß. Eine Gesetzesverletzung besteht niemals in der Nichtbeobachtung einer Ordnungsvorschrift, z. B. eine verspätete Ansetzung der Gerichtsverhandlung (E. 1908, Seite 14). Keinen Beschwerdegrund stellt eine allfällig zu hohe Berechnung — nicht eine unrichtige Anfertigung — der Gerichtskosten im Entscheide selbst oder im vorangegangenen Verfahren dar (E. 1908, Seite 58). Die ältere Praxis des Kantonsgerichtsausschusses sieht in einer falschen Feststellung eines Ortsgebrauches mit Recht keine Gesetzesverletzung im Sinne von Art. 241[I] (E. 1908, Seite 110).[17]

*a)* Das Gesetz kann in bezug auf das Verfahren verletzt sein (error in procedendo). Darunter fallen nicht nur die oben erwähnten Mängel in den Prozeßvoraussetzungen; das Gesetz kann auch bei einzelnen Prozeßakten verletzt sein, z. B. durch eine Aktenwidrigkeit (Verletzung des Artikels

[17] Auf eine Untersuchung des Ortsgebrauches läßt sich der E. 1915, S. 84 und 85, ein.

126III).[18] Der Fehler der Rechtsanwendung kann sich in diesen Fällen äußerlich in einer Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen zeigen.[19]

*b)* Das Gesetz kann auch durch einen „error in judicando" verletzt sein. „Entweder irrte das Gericht über die Existenz, den Geltungsbereich oder den Inhalt der in Betracht kommenden Rechtsnormen, oder das Gericht beging einen Fehler bei der Anwendung des Rechtssatzes. Ein solcher Subsumtionsirrtum liegt vor, wenn es statt einer anzuwendenden Rechtsnorm eine falsche angewendet hat, so insbesondere, wenn es fälschlich annahm, der festgestellte (konkrete) Tatbestand sei der vom Gesetze gemeinte (abstrakte) Tatbestand (z. B. Kauf), oder wenn es die Rechtsfolgen eines Tatbestandes im einzelnen Fall bestimmte, indem es zwar die Normen über das richtige Rechtsinstitut anwandte, aber so, daß die gezogenen Folgerungen gegen das Gesetz verstoßen."[20]

Diese Trennung zwischen „error in procedendo" und „error in judicando" ist oft schwer durchzuführen. Jedenfalls schließt ein Verfahrensfehler einen „error in judicando" nicht aus; im Gegenteil, eine Aktenwidrigkeit z. B. wird gewöhnlich die Verletzung einer materiellen Gesetzesbestimmung zur Folge haben.

### 3. *Verhältnis des Beschwerdegrundes zum angefochtenen Urteil.*

Die Gesetzesverletzung muß für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich sein; sie muß, m. a. W., zum angefochtenen Urteil in einem kausalen Verhältnis stehen. Bei der deutschen Revision wird dieses Verhältnis bei den Nichtigkeitsgründen vermutet (§ 551); in anderen Fällen muß das

---

[18] Danach liegt Aktenwidrigkeit vor, wenn der Richter nicht auf Grund der Akten urteilt. In den Entscheiden wird häufig als Synonym zu dem Begriff der Aktenwidrigkeit die „Willkür" gebraucht. Vgl. Th. Weiß, a. a. O., S. 265 ff.

[19] Schmidt, a. a. O., S. 799.

[20] Hellwig, a. a. O., S. 853.

angefochtene Urteil darauf geprüft werden. Diese Bestimmung muß als selbstverständlich bei der bündnerischen Nichtigkeitsbeschwerde angenommen werden.

## V.

## Das Verfahren.

Unter Verfahren verstehe ich die Formalien, die bei der Geltendmachung der Nichtigkeitsbeschwerde eingehalten werden müssen, und die Bestimmungen, die das Verfahren bei der Entscheidung regeln.

### 1. *Die Geltendmachung.*

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur innerhalb einer vorgeschriebenen Zeit in gesetzlicher Form eingereicht werden.

*a)* Die Frist.

„Die Beschwerden müssen bei Verwirkung innert der Frist von 21 Tagen vom Tage der Mitteilung des angefochtenen Entscheides an beim Kantonsgerichtsausschuß eingereicht werden" (aus dem Art. 239).

Für die Berechnung der Frist gelten dieselben Grundsätze wie bei der Appellation. Die Frist beginnt zu laufen mit der Mitteilung des erstinstanzlichen Urteils, und zwar ist dabei maßgebend nicht etwa das Datum der Mitteilung des Dispositivs, sondern der Tag der Mitteilung des ganzen Urteils (E. 1291, Seite 33). Wenn dieses durch die Post geschickt wird, so gilt als Tag der Mitteilung derjenige Tag, an welchem die Partei in den Besitz des Urteils gelangt (E. 1913, Seite 92). Wenn eine Partei die Annahme des Urteils verweigert, so beginnt die Frist trotzdem zu laufen (E. 1922, Seite 4). Der Tag der Mitteilung wird nicht mitgerechnet (Art. 70 und E. 1913, Seite 92). Während den Gerichtsferien beginnt die Frist nicht und steht still, falls sie begonnen hat.[21] Die Frist wird nicht unterbrochen

[21] Siehe Art. 73; E. 1913, S. 121, S. 127, 1917, S. 175. Die Ausnahmen von dieser Regel sind in Art. 73, Ziff. 1—9 (Verord. v. 1915) aufgezählt. Unter diese fallen insbes. die Rechtsöffnungsentscheide (Ziff. 3). Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß Art. $70^2$ dem Art. 73 widerspricht.

durch die rechtzeitige Beschwerde bei einem unzuständigen Gericht.[22] Hat eine Partei die Frist unbenützt verstreichen lassen, so kann sie unter denselben Voraussetzungen wie beim Nichteinhalten der Appellationsfrist Wiederherstellung verlangen (Art. 72).

Gegen Kontumazurteile kann erst dann die Beschwerde eingelegt werden, wenn die vom Gericht angesetzte Wiederherstellungsfrist abgelaufen ist.[23]

In der Praxis erhoben sich oft Zweifel, ob die Frist zur Anfechtung von Rechtsöffnungsentscheiden nicht 7 statt 21 Tage betrage. Da die siebentägige Frist für das beschleunigte Verfahren vorgeschrieben ist,[24] glaubte man, diese jedenfalls auch für das summarische Verfahren einhalten zu müssen. Diese Annahme ist jedoch unrichtig; bei Rechtseröffnungsentscheiden gilt ebenfalls die 21tägige Frist.[25]

*b)* Die Beschwerdeschrift.

Die Beschwerde muß schriftlich verfaßt sein und dem Kantonsgerichtsausschuß unter Beilegung der Beweisurkunden eingereicht werden. Im ferneren soll der Beschwerdeführer 20 Fr. vertrösten oder ein Armutszeugnis einlegen (Art. 239).

In der Beschwerdeschrift muß eine Begründung der Beschwerde enthalten sein (E. 1924, Seite 150). Der Kantonsgerichtsausschuß verlangt aber nicht die genaue Bezeichnung der Gesetzesverletzung; er begnügt sich damit, daß „irgendwie auf solche Gesetzesverletzungen hingewiesen werde" (E. 1908, Seite 58).

Die Beschwerdeschrift wird trotz mangelnder Unterschrift berücksichtigt, sofern aus dem Zusammenhang hervorgeht, von wem die Beschwerde erhoben wurde (E. 1920, Seiten 142 und 143).

---

[22] Siehe E. 1908, S. 44 und 45; 1919, S. 62.
[23] Siehe E. 1912, S. 94; 1919, S. 11.
[24] Art. 29 der Ausf. Best. von 1913 zum B. G. über Sch. K. G.
[25] E. 1914, S. 76; 1922, S. 124.

Der Beschwerdeführerin kann nur eine außergerichtliche Kostenentschädigung zugesprochen werden, wenn sie eine solche ausdrücklich in der Beschwerdeschrift verlangt. [26]

Bei der großen Aehnlichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation ist man versucht, der Einlegung der Beschwerdeschrift einen Suspensiveffekt beizumessen. Die Judikatur spricht sich aber eindeutig und klar im gegenteiligen Sinne aus. [27] Da die Rechtsöffnungsentscheide ein häufiger Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde darstellen und ein Stillstand der Betreibung schwere Nachteile nach sich ziehen würde, kann diesem Rechtsmittel aus praktischen Gründen kein Suspensiveffekt zugeschrieben werden. [28] Der Präsident der angerufenen Rechtsmittelinstanz kann aber auf entsprechendes Gesuch hin eine provisorische Verfügung mit hemmender Wirkung bis zum Hauptentscheid erlassen (Art. 240[3]).

*2. Das Verfahren nach der Geltendmachung.*

*a)* Wenn aus der Beschwerdeschrift selbst deren Ungültigkeit ersichtlich ist, so kann der Kantonsgerichtsausschuß diese ohne weiteres abweisen. Als Voraussetzung für diese Abweisung nennt zwar das Gesetz (Art. 240[1]) nur den Mangel in der Begründung. Es muß aber angenommen werden, daß die Verwirkung der Frist (E. 1908, Seite 97) oder die Ungeeignetheit des Beschwerdegegenstandes die zweite Instanz ebenfalls zu einer sofortigen Abweisung ermächtigen.

*b)* In den meisten Fällen wird aber die Beschwerdeschrift dem Gericht zugeschickt, dessen Urteil angefochten wird. Das erstinstanzliche Gericht teilt der Gegenpartei jene mit (Art. 240[1]). Außerdem muß es, laut Verfügung des Kleinen Rates, dem Kantonsgerichtsausschuß gleichzeitig mit den Akten ein vollständiges Aktenverzeichnis einsen-

---

[26] E. 1915, S. 45; 1925, S. 69; 1924, S. 67.

[27] E. 1914, S. 76; 1915, S. 19.

[28] Daraus geht hervor, daß die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen rechtskräftige Urteile angestrengt werden kann und daher zu den außerordentlichen Rechtsmitteln gezählt werden muß.

den, für dessen Anfertigung keine Sporteln berechnet werden dürfen (R. P., 2. Bd., Nr. 1758). Die Gerichtsstelle, gegen deren Entscheid rekurriert wurde, und die Gegenpartei können innert einer angemessenen Frist auf die Beschwerdeschrift entgegnen. Die Gegenpartei kann auf die Vernehmlassung zur Beschwerde verzichten, so daß das Gericht allein gegenüber dem Beschwerdeführer auftritt (E. 1915, Seite 60). Eine außergerichtliche Entschädigung kann in diesen Fällen dem Beschwerdebeklagten natürlich nicht zugesprochen werden (E. 1915, Seite 93). Und wenn die Gegenpartei sich auch vernehmen läßt, kann sie selbstverständlich nicht eine Remedur des erstinstanzlichen Urteils beantragen. Das kann sie nur dann, wenn sie innert der Notfrist eine selbständige Gegenbeschwerde erhebt; [29] denn eine Anschlußbeschwerde kennt das bündnerische Recht ebensowenig wie eine Anschlußappellation. [30]

Eine mündliche Verhandlung findet nicht statt (Artikel $240^4$). Ein zweiter Schriftenwechsel kann vom Kantonsgerichtspräsidenten nötigenfalls angeordnet werden (Artikel $240^2$). Er ist ebenfalls befugt, allfällig nötig werdende provisorische Verfügungen zu treffen (Art. $240^3$).

*c)* Wie weit geht die Ueberprüfungsbefugnis des Kantonsgerichtsausschusses? Diese erstreckt sich auf die rechtliche Würdigung des festgestellten Tatbestandes und des Weges, auf dem er festgestellt wurde; hingegen nicht auf eine Prüfung der Tatfrage. [31] Der Rekursrichter ist also an die Feststellungen [32] des Vorrichters gebunden, soweit nicht eine offenbare Aktenwidrigkeit vom Beschwerdeführer behauptet und bewiesen wird. Es dürfen weder neue Tatsachen, noch neue Beweismittel (auch kein Augenschein), noch neue Rechtsbegehren und Einreden vor zweiter Instanz vorgebracht werden. [33]

---

[29] E. 1921, S. 102; 1922, S. 69.
[30] E. 1913, S. 52; 1914, S. 152.
[31] Vgl. Th. Weiß, a. a. O., S. 168—173.
[32] Vgl. Th. Weiß, a. a. O., S. 256—259.
[33] Siehe E. 1908, S. 63; 1923, S. 33 und 84. Vgl. O. G., Art. 80, und Th. Weiß, a. a. O., S. 165—168.

Wie weit ist die Beschwerdeinstanz in der Ueberprüfungsbefugnis an die geltend gemachten Beschwerdegründe gebunden? Schon oben wurde darauf hingewiesen, daß der Kantonsgerichtsausschuß keineswegs einem übertriebenen Formalismus huldigt und deshalb auch nicht eine genaue Bezeichnung der Gesetzesverletzung verlangt. Regelmäßig wird hingegen eine Begründung in der Beschwerdeschrift gefordert, wenn es sich um Aktenwidrigkeit (Willkür) handelt. „Ob dagegen die Vorinstanz aus den von ihr festgestellten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlußfolgerungen gezogen habe, also die rechtliche Würdigung des Tatbestandes, unterliegt auf alle Fälle dem freien, unbeschränkten richterlichen Ermessen der Beschwerdeinstanz.“ [34]

Das deutsche Recht versucht diesen Grundsatz im Gesetz festzulegen (§ 559); es bestimmt anläßlich der Revision, daß das Reichsgericht bei einer Gesetzesverletzung im Verfahren nur die geltend gemachten Revisionsgründe prüfen solle. „Bei der Prüfung, ob sonst das Gesetz verletzt sei, ist das Revisionsgericht an die von den Parteien geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden.“ [35]

*d)* „Wird die Nichtigkeit ausgesprochen, so fällt der Kantonsgerichtsausschuß ohne weiteres auch das Urteil, falls die Sache spruchreif erscheint.

Im gegenteiligen Fall weist er die Sache an die zuständige Behörde zurück“ (Art. 241[3] und [4]).

Als spruchreif wird die Sache dann angesehen, wenn das Verfahren vor der ersten Instanz den gesetzlichen Vorschriften entsprechend durchgeführt wurde. [36]

Wenn die Sache bei mangelnder Spruchreife an die zuständige Behörde zurückgewiesen wird, so ist diese verpflichtet, den Anweisungen der oberen Instanz Folge zu

[34] E. 1920, S. 147; vgl. auch E. 1922, S. 48.

[35] Ein ähnlicher Grundsatz wird im Berufungsverfahren vor Bundesgericht eingehalten. Siehe O. G., Art. 81; Th. Weiß, a. a. O., S. 271 oder B. G. E. 25, 2. Bd., S. 594 ff.

[36] Siehe E. 1908, S. 114. Das Ersuchen der Beteiligten, die Sache nicht mehr an die Vorinstanz zurückzuweisen, wird auch berücksichtigt (E. 1923, S. 22).

leisten. Sie muß auf deren Begehren die Beweismittel ergänzen und in ihrer Entscheidung den Erwägungen des Kantonsgerichtsausschusses Rechnung tragen.

*e)* Hinsichtlich der Form der Urteile kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die sich auf die Form der Appellationsurteile beziehen; dieselben Bestimmungen finden analoge Anwendung auf die Entscheide des Kantonsgerichtsausschusses über Nichtigkeitsbeschwerden (siehe § 4, Seite 57).

Ein Weiterzug der Urteile an das Bundesgericht ist denkbar vermittelst des staatsrechtlichen Rekurses. Da diesem prinzipiell kein Suspensiveffekt zukommt,[37] wird der Entscheid des Kantonsgerichtsausschusses mit der Ausfällung rechtskräftig.

## § 6.

## Beschwerden (ausgenommen die Nichtigkeitsbeschwerde).

Unter diesen Paragraphen fallen sämtliche Beschwerden der Z. P. O. mit Ausnahme der Nichtigkeitsbeschwerde. Sie haben alle keinen ausgeprägten Charakter. Sie richten sich — abgesehen von der Beschwerde gegen Präsidialverfügungen — an eine höhere Instanz, welcher die Aufsicht über die untere zusteht. Die Beschwerdeinstanz greift in der Regel nicht in den einzelnen Rechtsfall ein, um ihn auf Grund der Billigkeit zu entscheiden. Sie hat vielmehr für eine geordnete Abwicklung der Prozesse zu sorgen; sie tritt gegen die Willkür auf. Das Verfahren ist, verglichen mit den andern Rechtsmitteln, oberflächlich geordnet.

### I.

### Die Beschwerde wegen Verweigerung und Verzögerung der Justiz.

#### 1. *Die Entwicklung.*

Wie die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsversäumnis vor der ersten Z. P. O. geregelt war,

[37] Art. 185 O. G. verleiht dem Präsidenten des Bundesgerichtes die Befugnis, vorsorgliche Verfügungen zu erlassen.

wurde im historischen Ueberblick beschrieben (Seite 4 ff.). Dem Kleinen Rat stand immer die Aufsicht über die Zivilrechtspflege zu; ebenfalls war ihm durch die Verfassung die Aufgabe übertragen, für die Vollziehung der Urteile zu sorgen. [1]

Nichts Neues brachte eigentlich der Art. 225 der Z. P. O. vom Jahre 1855. Dieser lautet: „Beschwerden wegen verweigerter, verzögerter oder auch mißbrauchter Justiz können zu jeder Zeit beim Kleinen Rath eingelegt werden, welcher nach Einvernahme der betreffenden Gerichtsstelle, wie einer allfällig betheiligten Gegenpart, und in besonders dringenden Fällen auch ohne eine solche durch entsprechende Weisungen, Dekrete oder sonstige Maßnahmen, dafür zu sorgen hat, daß niemand rechtlos gelassen, und daß durch den Justizgang keine verfassungs- oder gesetzwidrigen Uebergriffe verübt werden."

Die Z. P. O. vom Jahre 1871 stellte neben die Beschwerde wegen Justizverweigerung und Justizverzögerung die Beschwerde wegen Ueberschreitung der den Zivilgerichten und den richterlichen Beamten zukommenden Befugnisse und die Beschwerde wegen Verletzung der Bundes- oder Kantonsverfassung oder von Konkordaten und Staatsverträgen. Alle drei Beschwerden wurden vereint unter dem Titel „Beschwerde betr. Verweigerung, Verzögerung und Mißbrauch der Justiz" (Art. 244—246).

Bei der Einführung der neuen Z. P. O. beantragte der Kleine Rat, nachdem die Abschaffung der Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung beschlossen war, die Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung nicht mehr in die revidierte Z. P. O. aufzunehmen, da sie in der Kantonsverfassung in genügender Weise geregelt sei. [2] Ein gegenteiliger Antrag der Kommission drang jedoch durch, und der

---

[1] Siehe K. V. von 1814, die letzten zwei Absätze von Art. 12; K. V. von 1854, Art. 24; K. V. von 1880, Art. 37; K. V. von 1894, verändert 1907, Art. 37.

[2] Botschaft des Kleinen Rates vom 11. April 1905 betr. Revision der Z. P. O., S. 14.

Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung wurden zwei Artikel eingeräumt (Art. 242 und 243).

### 2. *Der Begriff.*

*a)* Ein richterlicher Beamter weigert sich, Recht zu halten. Der Gerichtspräsident erklärt, er lasse sich überhaupt nicht auf eine Klage ein; ein Rechtsmittel wird willkürlich abgewiesen. Eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 242 liegt auch vor, wenn ein Zivilgericht im Offenrechtsverfahren es unterläßt, die Parteien zur Gerichtsverhandlung zu laden und die produzierten Zeugen vor versammeltem Gericht im Beisein der Parteien einzuvernehmen (R. P., 2. Bd., Nr. 1759, Seite 407).

Die Beschwerde kann ebenfalls erhoben werden bei Saumseligkeit in Erfüllung der dem Richter gesetzlich obliegenden Verpflichtungen. Die Gerichtsansetzung erfolgt nicht innert vier Wochen nach Schluß der Prozeßinstruktion (Art. 106) oder das schriftliche Urteil wird nicht innert 14 Tagen zugefertigt (Art. 132, E. 1908, Seite 58).

*b)* Im Gegensatz zu den bisher betrachteten eigentlichen Rechtsmitteln wird durch diese Beschwerde nicht gegen solche Verfügungen Abhilfe geschaffen, die eine Partei in ihrer prozessualischen Stellung zur anderen benachteiligen.[3] Immerhin müssen die angefochtenen Verfügungen in engem Zusammenhang zu einem Zivilprozeß stehen.

Voraussetzung für diese Beschwerde ist, daß der Richter sich eine Verletzung seiner Amtspflicht zuschulden kommen läßt. Die Beschwerde ist in erster Linie gegen die Behörde gerichtet.

Die der Justizverweigerung oder Justizverzögerung schuldigen Beamten können vom Kleinen Rate in eine Ordnungsbuße bis 50 Fr. verfällt werden (Art. 243[1]). Bei erwiesener Untüchtigkeit, bei wiederholter oder schwerer Pflichtversäumnis muß der Kleine Rat die Einstellung oder Entlassung des Fehlbaren verfügen (Art. 243[2] und Gesch. Ordn. Art. 24).

[3] Wetzell, a. a. O., S. 754 ff.; Bayer, a. a. O., S. 611; Heusler, a. a. O., Seite 150.

### 3. *Das Verfahren.*

Welches Verfahren wird bei diesem sogen. Rechtsmittel angewendet? Diese Frage wird von der Z. P. O. in Art. 242[2] dahin beantwortet, daß die Vorschriften über das Verfahren bei der Nichtigkeitsbeschwerde sinngemäße Anwendung auf die „querela protractae vel denegatae justitiae" finden sollen. Unter sinngemäßer Anwendung müssen jedenfalls jene Vorschriften verstanden werden, die mit der Ordnung der Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung im Geschäftsreglement für den Kleinen Rat übereinstimmen.[4] Wie verhält es sich aber, wenn die Bestimmungen im Reglement für den Kleinen Rat und die Ordnung der Nichtigkeitsbeschwerde in der Z. P. O. voneinander abweichen? Fällt dann eine sinngemäße Anwendung dieser Bestimmungen überhaupt noch in Betracht?

Die Lösung dieser Frage hängt nun aber von der Stellung ab, die die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung auf Grund von Art. 242 Z. P. O. dem Art. 34 der K. V. gegenüber einnimmt. Dieser Artikel lautet:

„Der Kleine Rat überwacht alle Zweige der Rechtspflege und sorgt dafür, daß niemand rechtlos bleibe; er entscheidet auf Beschwerden über Verzögerung, Mißbrauch und Verweigerung der Justiz, soweit gemäß Spezialgesetzgebung nicht andere Behörden zuständig sind, und ordnet auf Klagen über Nichtvollzug von Zivil- und Kriminalurteilen, deren Vollziehung auf Kosten der saumseligen Behörde oder Beamtung an."

Die Praxis des Kleinen Rates macht nun einen prinzipiellen Unterschied zwischen der Beschwerde des Art. 34 K. V. und der Beschwerde des Art. 242 Z. P. O.[5] Ein Unterschied zwischen den beiden Beschwerden kann so konstruiert werden, daß man erklärt, die Beschwerde von Art. 34 K. V. dient zum Schutze aller Interessen, politischer, administrativer und privater, jene von Art. 242 lediglich zum

---

[4] A. G. S. 1916, 5. Bd., S. 439 ff.

[5] Siehe R. P., Bd. 2, Nr. 1909 und 1908.

Schutze von Privatinteressen. Diese Beschwerde muß daher als eine Unterart von jener angesehen werden; soweit hiefür Spezialbestimmungen in der Z. P. O. bestehen, müssen diese angewendet werden.

Bevor ich auf das Verfahren dieser Beschwerde eintrete, sei darauf hingewiesen, daß die Beschwerde auf Grund von Art. 34 K. V. und Art. 29a Gesch. Ordn. an keine Frist gebunden ist; im Verfahren kann die Offizialmaxime zur Geltung kommen, indem der Kleine Rat befugt ist, zur Erhebung des Sachverhalts eine Untersuchung durch besondere Beauftragte anzuordnen (Art. 31 Gesch. Ordn.).

*a)* Die Frist zur Erhebung des Rechtsmittels auf Grund von Art. 242 Z. P. O. beträgt 21 Tage (Art. 239). Schwierigkeiten entstehen in der Festsetzung des Beginnes der Frist. Bei einer ausdrücklichen Ablehnung eines Richters, über eine Sache zu urteilen, beginnt die Frist selbstverständlich von der Ablehnung an. Bei der Rechtsversäumung dürfte der Anfang der Frist auf jenen Tag fallen, wo der betreffende Richter die Handlung hätte vornehmen oder den Beschluß fassen sollen. Wenn der Richter aber die Partei während 21 Tagen mit Entschuldigungen und Versprechungen hinhält, soll sie dann das Recht auf die Beschwerde verlieren? In derartigen Fällen muß die Frist dem Ermessen des Kleinen Rates anheimgestellt bleiben.

Eine Beschwerde wegen Verschleppung der Zeugeneinvernahme muß während hängendem Prozeß eingereicht werden. [6]

*b)* Die Beschwerde wegen Verweigerung und Verzögerung der Justiz muß selbstverständlich schriftlich erhoben werden. In der Beschwerdeschrift muß das Rechtsbegehren genau angegeben werden. [7] Bei mangelhafter Redaktion einer Einlage kann diese zur Umarbeitung zurückgeschickt werden. Wenn unziemliche Ausdrücke darin gebraucht wurden, kann eine Buße erhoben werden (Gesch. Ordn., Art. 35). Die Beschwerdeschrift muß von einer Barvertrö-

---

[6] R. P., Bd. 3, Nr. 2522, S. 253 und 254.
[7] R. P., Bd. 2, Nr. 1901, S. 462, und Nr. 1905, S. 463.

stung von 20 Fr. oder von einem gesetzlichen Armutszeugnis begleitet sein (vgl. Art. 239 Z. P. O. und Art. 27 Gesch. Ordn.).

*c)* Die Beschwerde muß, insofern ihre Abweisung nicht schon auf Grund der Einlage selbst gerechtfertigt erscheint, der „rekurrierten" Behörde zur Eingabe einer Vernehmlassung innert einer festzustellenden Frist zur Kenntnis gebracht werden, wobei überdies behufs genauer Erhebung des Sachverhaltes ein weiterer Schriftenwechsel angeordnet werden kann (vgl. Art. 240 Z.P.O. und Art. 31 Gesch. Ordn.). Dem die Sache vorbereitenden Departementschef steht zu, die infolge eingegangener Beschwerde nötig befundenen provisorischen Maßregeln zu treffen, namentlich die Vollziehung der angefochtenen Verfügungen bis Austrag der Sache einzustellen (Art. 240[3] Z. P. O. und Art. 32 Gesch. Ordn.).

*d)* Ueber die Zuteilung der Kosten entscheidet der Kleine Rat auf Grund von Art. 130 und 123 Z. P. O (Art. 33 und 34 Gesch. Ordn.). Mutwillige und trölerische Rekurrenten sollen vom Kleinen Rat mit Verweisen und Ordnungsbußen gerügt werden entsprechend Art. 6 Z. P. O.; der Anwalt des Rekurrenten kann sogar im Wiederholungsfall mit Ausschluß von der Praxis vor Standesbehörden bestraft werden (Art. 36 Gesch. Ordn.).

### 4. *Anwendungsfälle.*

Die große Mehrheit der Entscheide scheidet die Beschwerde von Art. 242 Z. P. O. und diejenige von Art. 34 K. V. reinlich voneinander. Die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung auf Grund von Artikel 242 Z. P. O. ist bei materieller Rechtsverweigerung ausgeschlossen.[8] Sie ist nur bei formeller Rechtsverweigerung gestattet und zwar nur dann, wenn durch die Z. P. O. kein zweitinstanzliches Verfahren, kein anderes Rechtsmittel gegeben ist.[9]

---

[8] R. P., 3. Bd., Nr. 2611, S. 294; Nr. 2612, 2613, 2620, S. 298. Botsch. d. Kleinen Rates vom 11. April 1905, S. 14.

[9] Siehe R. P., Bd. 3, Nr. 2615, S. 295.

Mit Unrecht wird jedoch behauptet,[10] in Zivilsachen könne überhaupt nicht mehr wegen materieller Rechtsverweigerung an den Kleinen Rat rekurriert werden. Aus Art. 34 K. V. geht hervor, daß der Kleine Rat die Pflicht hat, auf Beschwerde dort einzuschreiten, wo eine Partei der Willkür einer Behörde ausgeliefert ist. Diese Möglichkeit besteht jedesmal, wenn ein richterlicher Entscheid nicht an eine zweite Instanz gezogen werden kann. Die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung bildet somit ein Sicherheitsventil im Rechtsmittelsystem des Kantons, ähnlich wie im Bund der staatsrechtliche Rekurs, gestützt auf Art. 4 der B. V. Die bündnerische Z. P. O. kennt z. B. kein besonderes Rechtsmittel gegen die Kostenberechnung. Sowohl die Appellation wie auch die Nichtigkeitsbeschwerde können nur gegen Haupturteile und gegen Kompetenzentscheide erhoben werden. Wenn nun eine Partei die Kostenberechnung allein anfechten will, so muß sie beim Kleinen Rat rekurrieren.[11] Oder ein anderer Fall: nach dem Art. 50 Z. P. O. kann das Gerichtsamt eine Klage bei Nichtleistung der Vertröstung unter bestimmten Voraussetzungen als erledigt abschreiben. Wenn das Gericht den Prozeß als erledigt erklärt, obschon die in Art. 50 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so kann die Partei nur beim Kleinen Rat Rechtsschutz suchen.[12]

Auf einen speziellen Anwendungsfall dieser Beschwerde wird in Art. 161 Z. P. O. hingewiesen; danach ist im Schiedsgerichtsverfahren in erster Linie das Kreisamt zuständig, wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Maßnahmen zu treffen. Gegen Entscheide des Kreisamtes kann aber beim Kleinen Rate rekurriert werden.

---

[10] R. P., 3. Bd., Nr. 2620, S. 298, und Botsch. wie unter Anmerkg. 8.

[11] So R. P., 2. Bd., Nr. 1731, S. 395; es ist möglich, daß die moderne, bisher nicht veröffentlichte Praxis des Kantonsgerichtes und des Kantonsgerichtsausschusses anders orientiert ist.

[12] R. P., Bd. 2, Nr. 1732, S. 395.

## II.

### Die Beschwerden im Sühneverfahren.
(Art. 87 und 88.)

1. Gegen den Vermittler als Sühnebeamten kann beim Kreispräsidenten Beschwerde eingereicht werden. Als Beschwerdegrund wird verweigerte, verzögerte oder fahrlässige Pflichterfüllung genannt (Art. 87). In dieser Beschwerde ist also die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung inbegriffen. [13]

Diese Beschwerde finden wir beinahe identisch in den früheren Zivilprozeßordnungen wieder. [14] Weshalb nun aber die Z. P. O. von 1908 nicht an Stelle des Kreispräsidenten den Bezirksgerichtspräsidenten als Beschwerdeinstanz bestimmte, ist mir nicht klar, da ja die Kreisgerichte nicht mehr ordentliche Gerichte in der Zivilrechtspflege darstellen.

Während der Kreispräsident die Beschwerde erledigen soll, steht es nur dem Kreisgerichtsausschuß zu, Versäumnisse oder Fahrlässigkeiten des Vermittlers mit einer Ordnungsbuße bis auf 10 Fr. zu belegen (Art. 87).

2. Erst wenn vom Kreispräsidenten keine Abhilfe getroffen wird, kann beim Kleinen Rate rekurriert werden (Art. 88, durch Verordnung des Großen Rates vom 24. November 1915 verändert).

## III.

### Die Beschwerde im Exekutivverfahren.
(Art. 284.)

„Beschwerden, die sich auf die Nichtvollziehung oder auf die Vollziehbarkeit von Urteilen beziehen, erledigt der Kleine Rat." (Art. 284 Z. P. O und Art. 34 K. V.)

Lautet ein Urteil auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung, so sind für dessen Vollziehung das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs und die kanto-

[13] R. P., Bd. 3, Nr. 2617, S. 296.
[14] Z. P. O. von 1855, Art. 82; Z. P. O. von 1871, Art. 88.

nalen Ausführungsbestimmungen zu demselben maßgebend (Art. 276). Alle anderen Fälle regelt die Z. P. O. Danach muß derjenige, der den Vollzug eines Urteils verlangt, sich an das Kreisamt wenden (Art. 277). Dieses wird zur Vollziehung des Urteils bestimmte Maßnahmen ergreifen, die in Art. 278—281 genannt sind. Wenn nun bei der Urteilsexekution Differenzen entstehen, die durch das angerufene Kreisamt nicht beseitigt werden können, so kann eine Beschwerde an den Kleinen Rat gerichtet werden. [15]

## IV.

### Die Beschwerde im Befehlsverfahren. (Art. 294.)

Unter Befehlsverfahren versteht die Z. P. O. jenes Verfahren, das zum Rechtsschutze desjenigen dient, der durch die beabsichtigte oder begonnene Handlung eines andern oder durch Unterlassung einer solchen in seinem Recht verletzt oder gefährdet wird (Art. 285). Er kann ein Gesuch an den zuständigen Kreispräsidenten um Erlassung eines Amtsbefehls stellen. Mit diesem Amtsbefehl darf der nur uneigentlich so genannte Amtsbefehl im Exekutivverfahren (Art. 278) nicht verwechselt werden. Die Verfügungen des Kreispräsidenten im Befehlsverfahren qualifizieren sich als richterliche Entscheidungen, die nach Anhörung beider

---

[15] Siehe R. P., Bd. 3, Nr. 2523, S. 254 und 255; R. P., Bd. 1, bearbeitet von J. Schmid, Nr. 496, S. 265: „Wird ein Kreisamt um die Vollziehung eines Urteils angegangen, so sind zwei Fälle möglich. Entweder erhebt die Partei, gegen welche das Vollziehungsbegehren gerichtet ist, mit Bezug auf den Inhalt des Urteils keine Einrede, dann stehen der Urteilsvollziehung keine Hindernisse im Wege; oder aber sie behauptet, daß das Vollziehungsbegehren dem Inhalt des Urteils nicht entspreche. In diesem Falle genügt der Umstand an sich, daß das Vollziehungsbegehren aus dem angegebenen Grunde beanstandet wird, nicht, um die Urteilsvollziehung zu hemmen, da sonst die Trölerei freien Spielraum hätte. Es muß daher dem angerufenen Kreisamt das Recht zustehen, zu prüfen, ob die im Vollstreckungsverfahren zutage tretende Verschiedenheit der Auffassung des Urteilsinhaltes berechtigt oder offenbar unbegründet sei. Das gleiche Recht steht dem Kleinen Rate als Beschwerdeinstanz zu. Vorbehalten bleibt hierbei für beide Parteien das Rechtsmittel der Erläuterung ..." Vgl. die Z. P. O. für den Kanton Bern, Art. 409—413.

Parteien in Urteilsform zu erlassen sind (Art. 290), während bei der Urteilsvollziehung der sogen. Amtsbefehl nichts anderes ist als ein Mittel zur Ausführung der richterlichen Entscheidung. [16]

Im eigentlichen Befehlsverfahren kann die Partei, gegen welche die Verfügungen erlassen wurden, 14 Tage nach Mitteilung des Entscheides an den übergeordneten Bezirksgerichtsausschuß rekurrieren (Art. 294). Der betr. Bezirksgerichtspräsident wird in der Regel die Beschwerde der Gegenpartei zur Vernehmlassung mitteilen und erst dann einen Vortritt in wichtigeren Sachen anordnen, wenn ein solcher von der einen oder anderen Partei ausdrücklich verlangt wird (Art. 294[2] und Caflisch, Kommentar ad Art. 318). Wenn der Präsident es für nötig erachtet, kann er vorausgehend einen Augenschein einnehmen. Die Beschwerde hat keine Suspensivwirkung; der Bezirksgerichtspräsident kann jedoch nötigenfalls dessen Vollzug bis zum ausgefällten Rekursentscheid hemmen. Gegen den Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses ist weder die Nichtigkeitsbeschwerde noch die Appellation zulässig (E. 1913, Seite 172).

## V.

### Die Beschwerde wegen Verweigerung des Armenrechts. (Art. 54.)

„Gegen den Befund einer Gemeindebehörde, wodurch das Armenrecht verweigert wird, ist der Weiterzug an den Kleinen Rat auf dem Beschwerdeweg, und zwar ohne Vertröstung, gestattet“ (Art. 54).

Der heimatliche Gemeinderat muß beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Art. 52 und 53) ein Zeugnis ausstellen, wodurch eine Partei das Armenrecht erlangt. Tut er das nicht, so kann beim Kleinen Rat jederzeit [17] rekurriert werden.

---

[16] R. P., Bd. 1 (von Schmid), Nr. 735, S. 389.

[17] R. P., Bd. 1, Nr. 204, S. 103, erklärt bezüglich der Frist: „Es liegt kein Grund vor, denjenigen, der in Armenrechtssachen einen abweisenden

## VI.

### Die Beschwerde gegen Präsidialverfügungen. (Art. 244.)

„Gegen prozeßleitende und vorsorgliche Präsidialverfügungen kann, ohne daß jedoch ihre Vollziehung dadurch gehemmt würde, bei dem betreffenden Gerichte Beschwerde geführt und um nachträgliche Remedur nachgesucht werden" (Art. 244).

Die beiden notwendigen Grundlagen dieser Beschwerde sind: 1. das Bestehen von Kollegialgerichten, 2. erhebliche Befugnisse des Gerichtspräsidenten.

Mit Ausnahme des Vermittlers als Einzelrichter sind alle Zivilgerichte Kollegialgerichte, die teils aus fünf Mitgliedern (so das Bezirksgericht und das Kantonsgericht), teils aus drei Mitgliedern (so der Bezirksgerichtsausschuß und der Kantonsgerichtsausschuß) bestehen.

Der Gerichtspräsident führt die Prozeßeinleitung, die Prozeßvorbereitung und sorgt für die Einberufung des Gerichtes (Art. 93—111, Art. 147, 148, 151). Er ist auch zuständig, nach Art. 61 vorsorgliche Verfügungen zu erlassen.

Das Verfahren, das vom Gesamtgericht zur Herbeiführung eines Entscheides anzuwenden ist, bleibt diesem freigestellt. Ebenfalls ist keine Frist zur Erhebung der Beschwerde vorgeschrieben. Aus der Natur dieser Beschwerde geht jedoch hervor, daß sie innerhalb einer angemessenen Zeit, jedenfalls vor der Urteilsfällung, eingereicht werden muß.

---

Bescheid erhalten hat, zu einem Rekurse innert bestimmter Frist anzuhalten oder ihm für einen späteren Zeitpunkt den Beschwerdeweg zu versperren, wenn ihm erst nach einiger Zeit der durch die Abweisung geschaffene Zustand drückend oder unerträglich erscheint..."

## § 7.

# Die Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt.

## I.

## Das Offenrecht (die Revision).

### 1. *Der Begriff.*

Art. 262 umschreibt den Begriff: „Offenrecht oder Revision heißt dasjenige außerordentliche Rechtsmittel, wodurch in gewissen Fällen die Wirkung bereits rechtskräftig gewordener Urteile wieder aufgehoben und eine neue gerichtliche Verhandlung und Entscheidung über den gleichen Gegenstand bewirkt werden kann."

*a)* Das Offenrecht wird als außerordentliches Rechtsmittel bezeichnet. Das hängt damit zusammen, daß es nur bei ausnahmsweise vorhandenen schweren Mängeln des Urteils und nur subsidiär zulässig ist, also prinzipiell nur dann gegeben ist, wenn andere Rechtsmittel ausgeschlossen sind (siehe § 2, Seite 24). Im Gegensatz dazu können wir von der Appellation und auch von der Nichtigkeitsbeschwerde sagen, daß sie das erstinstanzliche Verfahren als Regel beenden. Bei der Appellation treten die Wirkungen des Urteils überhaupt noch nicht ein, solange nicht das Ergebnis der wirklich eingelegten Anfechtung oder die Tatsache der Nichteinlegung gewiß ist. Erst wenn ein Urteil nicht mehr durch die Appellation anfechtbar ist, gilt es als formell rechtskräftig; durch die formelle Rechtskraft ist auch die materielle Rechtskraft, d. h. die bindende Kraft der urteilsmäßigen Feststellung, bedingt.[1] Das Offenrecht hingegen „öffnet ein Recht", das unter regelmäßigen Umständen nicht gegeben ist. Rechtskräftige Urteile[2] werden durch

---

[1] Die materielle Rechtskraft umfaßt die deklarative und konstitutive Wirkung des Urteils für den gegenwärtigen Prozeß, sowie vor allem die feststellende Wirkung für einen möglichen künftigen Prozeß (Schmidt, a. a. O., S. 781, S. 774, S. 745—761, und Hellwig, a. a. O., S. 763 ff.).

[2] Die Z. P. O. vom Jahre 1855 spricht in Art. 260 von „bereits stattgehabten Aburteilungen ohne Weiterzug".

ein neues Urteil ersetzt. Das Offenrecht durchbricht das Prinzip der Rechtskraft eines Urteils aus Billigkeitsgründen. Der Gedanke der Rechtskraft bedeutet ein Zugeständnis an das Bedürfnis der Verkehrssicherheit, „dem das andere Interesse der Gerechtigkeit der Rechtspflege in gewissem Umfang untergeordnet wird". [3]

*b)* Als ein Ausnahmefall muß die Anwendung des Offenrechts während hängender Appellation angesehen werden (Art. 272). Die Revision, die in diesem Falle nur eine Milderung des Novenverbotes bedeutet, richtet sich nicht gegen rechtskräftige Urteile. Das Revisionsbegehren ist bei der zweiten Instanz zu stellen, welche alsdann dasselbe, der Appellationsverhandlung vorausgehend und ohne Rückweisung der Streitsache an die erste Instanz, erledigen wird (siehe § 4, Seite 54).

*c)* Die Revision ist selbstverständlich nur gegen Haupturteile zulässig.

Schiedsgerichtsurteile können ebenfalls durch dieses Rechtsmittel erneuert werden. Das Schiedsgericht behandelt das Offenrechtsbegehren gemäß der Z. P. O., soweit diese auf Schiedsgerichte anwendbar ist. Wenn nicht mehr alle Schiedsrichter das Schiedsrichteramt versehen können, so kommt die Beurteilung dem zuständigen ordentlichen Gerichte zu (Art. 163 in fine).

### 2. *Die Revisionsgründe.*

Um ein Offenrecht zu begründen, müssen Lücken oder Verfälschungen der Urteilsgrundlage oder eine Verfälschung des Urteils selbst nachgewiesen werden.

*a)* Unter Lücken der Urteilsgrundlagen ist entweder „ein im Prozeß nicht angeführter Tatumstand oder ein noch nicht produziertes Beweismittel" zu verstehen (Art. 263). Die beiden Begriffe „Tatsachen" und „Beweismittel" können in der Regel nicht voneinander getrennt werden; sie fallen zusammen unter den Begriff des Novum. Die Beweismittel

---

[3] Schmidt, a. a. O., S. 761.

müssen sich auf Tatsachen beziehen, die vor Ausfällung des Urteils eingetreten sind. Als Beispiel für eine Tatsache, die an sich einen Offenrechtsgrund bildet, kann ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urteil angeführt werden.

Das Novum muß dem das Offenrecht Begehrenden bis zum Schlusse des Beweisverfahrens (bis zum Schlusse der Prozeßinstruktion, wenn ein Zeuge als Novum angerufen wird) [4] gänzlich und ohne seine Schuld unbekannt geblieben sein. Auch jener kann aber das Offenrechtsgesuch stellen, der sich in der faktischen Unmöglichkeit befunden hat, das Novum im Prozeß zu verwenden. Der Gesuchsteller muß auf Verlangen der Gegenpartei eidlich versichern, daß das Novum unmöglich früher geltend gemacht werden konnte, wenn dies nicht schon durch andere Umstände als bewiesen erscheint (Art. 263, Ziff. 2).

Das angeführte Novum muß so beschaffen sein, daß es auf die Beurteilung der betreffenden Streitfrage wesentlichen Einfluß üben konnte (Art. 263, Ziff. 3, und E. 1919, Seite 31).

*b)* Durch die Z. P. O. von 1871 wurde ein weiterer Revisionsgrund eingeführt. Dieser liegt dann vor, wenn das Urteil oder ein von der Gegenpartei gebrauchtes wichtiges Beweismittel durch eine strafbare Handlung zustande gekommen war (Art. 266). Die strafbare Handlung muß nicht durch ein Strafurteil erwiesen werden. Der bloße Nachweis einer solchen Handlung begründet die Vermutung, daß das zu revidierende Urteil ungerecht sei. Wenn beispielsweise ein Richter, der an der Ausfällung desselben teil-

---

[4] Der Ausdruck „bis zum Schlusse des Beweisverfahrens" (Art. 263) ist ungenau. Das Beweisverfahren muß nämlich erst bei Beginn der Hauptverhandlung als geschlossen betrachtet werden (Art. 119). In der Hauptverhandlung können aber nur noch Augenscheine vorgenommen und Urkunden produziert werden (Art. 114 und 116); Zeugen werden keine mehr zugelassen. Wenn nun aber Zeugen angeführt werden sollen, die nach Schluß der Prozeßinstruktion und vor Beginn der Hauptverhandlung einer Partei bekannt wurden, so besteht bei einer strengen Gesetzesanwendung keine Möglichkeit, diese zu produzieren. Deswegen sollte im Text besonders auf die Ausnahme hingewiesen werden, die bei Zeugen unbedingt gemacht werden muß.

genommen hat, unter dem Einfluß einer Bestechung oder Erpressung stand, so hat er sehr wahrscheinlich zugunsten jener Partei entschieden, die die strafbare Handlung begangen hat. Wenn ein Beweismittel mit Hilfe einer strafbaren Handlung zustande gekommen ist, z. B. mit Hilfe eines Betruges oder einer Urkundenfälschung, so muß zunächst angenommen werden, daß das Beweismittel für eine nicht existierende Tatsache als Beweisgrund gedient habe. Und wenn das Beweismittel wichtig war, dann wird es auf das Urteil einen ausschlaggebenden Einfluß ausgeübt haben.

3. *Die Legitimation und die Frist zur Einlegung.*

Weitere Voraussetzungen zu einer wirksamen Einlegung des Offenrechtsgesuches sind einerseits die Legitimation des Gesuchstellers, andererseits die Einhaltung einer Frist, innerhalb welcher das Gesuch gestellt werden muß.

*a)* Ueber die Legitimation sagt das Gesetz nichts. Selbstverständlich kann aber nicht jeder das Offenrecht verlangen. Aus dem Wesen dieses außerordentlichen Rechtsmittels darf wohl geschlossen werden, daß nur die durch den Revisionsgrund geschädigte Partei [5] zur Stellung des Offenrechtsgesuches berechtigt ist.

Was die Stellung des Eingerufenen und des Nebenintervenienten betrifft, gelten dieselben Bestimmungen wie bei der Appellation. [6]

*b)* Nach der Z. P. O. von 1855 konnte das Offenrecht nur während der Dauer eines Jahres nach Erlassung des Urteils eingelegt werden (Art. 269). Seit dem Jahre 1871 ist das Recht zur Einlegung der Revision in doppelter Hinsicht befristet. Die Fristen sind verschieden lang und werden auch von verschiedenen Zeitpunkten an berechnet. Das Offenrecht muß nämlich, wenn ein Novum den Revisionsgrund bildet, drei Jahre nach Erlassung des zu revidierenden Urteils und drei Monate von dem Zeitpunkte an eingelegt werden, in welchem der das Offenrecht Begehrende

[5] Vgl. für die Bundesrechtspflege O. G., Art. 98[1].
[6] Siehe § 4, S. 44. Hellwig, a. a. O., S. 865.

das Novum kennen lernte oder von demselben Gebrauch zu machen im Falle war. Bei einer strafbaren Handlung als Revisionsgrund wird hingegen eine Ausnahme gemacht; das Rechtsmittel kann während sechs Monaten seit Bekanntwerden der Handlung geltend gemacht werden, gleichgültig, wann das angefochtene Urteil erlassen wurde (Art. 267).

Für die Berechnung der Fristen gelten die Bestimmungen von Art. 70—72 der Z. P. O. Beansprucht nun aber auch der Art. 73 seine Anwendung auf diese Fristen? M. a. W.: Wird die Frist zur Einlegung des Offenrechtes durch die Gerichtsferien gehemmt? Soweit es sich um die Monatsfristen handelt, dürfte der Art. 73 sinngemäß angewendet werden (ebenso bei Tages- und Wochenfristen). Wenn aber die dreijährige Frist in Frage kommt, dürfte die Anwendung dieser Bestimmung sinnwidrig werden. Der Art. 73 kann sich seinem Sinn nach unmöglich auf Jahresfristen erstrecken. [7]

### 4. *Das Offenrechtsbegehren und die Vorbereitung zur Gerichtsverhandlung.*

*a)* An welches Gericht muß das Gesuch um Offenrecht geschickt werden? An jenes Gericht, das zuständig ist, das Offenrechtsbegehren zu beurteilen. Wir wissen schon aus § 2, daß dieses Rechtsmittel nicht devolutiv wirkt. Zuständig für das Gesuch ist somit diejenige richterliche Behörde, von welcher das Urteil ausging. Wenn beide Instanzen gesprochen haben, muß das Gesuch bei der zweiten anhängig gemacht werden. Eingereicht wird das Gesuch bei dem Präsidenten des betreffenden Gerichtes.

Für die Form des Gesuches ist Schriftlichkeit vorgeschrieben.

Wir finden auch Anhaltspunkte im Gesetz für den Inhalt des Gesuches (Art. 268). Es soll eine genaue Angabe der Revisionsgründe [8] und der hierauf bezüglichen Beweise enthalten. Werden Urkunden als Nova genannt, so müssen

---

[7] Siehe Bäriswyl, a. a. O., S. 72 und 73.

[8] Das Gesetz spricht ungenau nur von „Nova" (Art. 268[2]).

diese im Original oder in beglaubigter Abschrift dem Gesuch beigelegt werden. Werden Zeugen angerufen, so sind, wie im ordentlichen Verfahren, gleichzeitig die Zeugenfragen einzureichen. Ein Antrag, inwiefern das Urteil aufzuheben sei, wird im Gesetz nicht verlangt; er ist aber üblich.

Endlich muß der Gesuchsteller eine Vertröstung leisten (Art. 301, Ziff. 1).

Durch die Einlegung des Revisionsbegehrens wird die Vollziehung des rechtskräftigen Urteils nicht gehemmt. Es bedarf zur Sistierung eines besonderen Gerichtsbeschlusses (Art. 274).

*b)* Während der Gerichtspräsident der Gegenpartei das Offenrechtsbegehren mitteilt, setzt er eine Notfrist fest, innerhalb welcher die Gegenpartei allfällige Gegenbeweise und Zeugenfragen einreichen kann. Wenn die Frist abgelaufen ist, so muß der Präsident den Stoff der Gerichtsverhandlung so weit vorbereiten, daß diese ohne Unterbrechung sich abwickeln kann (Art. 269). Um ein geltend gemachtes Novum zu konstatieren, sind alle sonst üblichen Beweismittel zulässig (Art. 265). Der Präsident wird wie im ordentlichen Verfahren die wichtigen Beweise erheben (Art. 103); die Einvernahme der Zeugen soll aber, im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren, erst während der Gerichtsverhandlung stattfinden.

5. *Die Verhandlung und die Entscheidung.*

*a)* Zur Gerichtsverhandlung werden die Parteien und auch die angerufenen Zeugen vorgeladen.

Das Gericht entscheidet zunächst die Frage, ob dem Offenrechtsbegehren zu entsprechen sei oder nicht (iudicium rescindens). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Frist und die sonstigen Formalien eingehalten wurden.

Die Einvernahme der angerufenen Zeugen erfolgt in Gegenwart der Parteien; es steht diesen wie auch den Richtern zu, an die Zeugen beliebige, zur Aufklärung der Sache dienende Fragen zu stellen. Wenn Zeugen wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit nicht vor Gericht erscheinen können,

so müssen sie der Gerichtsverhandlung vorausgehend einvernommen werden; die Einvernahme erfolgt dann durch den Ausschuß in Gegenwart der Parteien. Zeugen, die wegen zu großer Entfernung nicht wohl vor Gericht geladen werden können, mag der Präsident auf dem Requisitionswege vorläufig einvernehmen lassen; doch bleibt dem Gerichte jede weitere diesfällige Verfügung vorbehalten. Unter allen Umständen hat das Gericht sowohl die Glaubwürdigkeit der Zeugen als das rechtliche Gewicht ihrer Aussagen nach freiem Ermessen zu beurteilen (Art. 270; vgl. 194 und 188). Im übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften über die Einvernahme von Zeugen.

In der Regel dürften jetzt die Parteivorträge gehalten werden.

Wenn kein Revisionsgrund nachgewiesen wird, so kann das Gericht auf die Sache nicht weiter eintreten (Art. 271). Ein abgewiesenes Offenrechtsgesuch kann aber auf Grund anderer Revisionsgründe innerhalb der nützlichen Frist wieder erneuert werden (Art. 273).

*b)* Wird hingegen ein Revisionsgrund festgestellt, so muß das Recht „geöffnet" werden. Das neue Urteil, das iudicium rescissorium, kann anschließend an das iudicium rescindens gefällt werden. „Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrund betroffen ist, von neuem verhandelt." [9] Welches Verfahren nun eingeschlagen werden soll, ob z. B. den Parteien wie im ordentlichen Verfahren ein Vortrag gestattet ist (Art. 119), bleibt offenbar dem Gericht freigestellt. Auf Grund der neuen und alten Beweise entscheidet das Gericht, ob das frühere Urteil zu bestätigen oder ob und wie dasselbe abzuändern sei (Art. 271).

*c)* Welchen Rechtsmitteln ist der Entscheid, der Abweisungsentscheid oder das neue Urteil, ausgesetzt? Das Gesetz antwortet nicht auf diese Frage. Die meisten kantonalen Zivilprozeßordnungen [10] und das deutsche Recht [11]

---

[9] Deutsche Z. P. O., § 590[1].
[10] Bäriswyl, a. a. O., S. 108 und 109, 115.
[11] Hellwig, a. a. O., S. 876.

gestatten die Einlegung der Rechtsmittel in allen Fällen, wo sie gegen Urteile der mit der Revision beschäftigten Instanz zulässig sind. Im französischen Recht ist der Offenrechtsentscheid der Anfechtung durch die requête civile entzogen und nur der Kassationsrekurs als zulässig erklärt.[12] Wie verhält sich nun die Gerichtspraxis in Graubünden zu dieser Lücke im Gesetz? Sie macht offenbar einen Unterschied zwischen dem Abweisungsentscheid und dem in der Hauptsache neu ergangenen Urteil. Sie erklärt, daß ein Abweisungsentscheid kein Haupturteil, sondern einen Entscheid darstelle, der über eine prozessuale Frage eine Erkenntnis enthält und darum nicht anfechtbar sei.[13] Diese Lösung ist aber unbefriedigend. Sie fordert zu der Frage heraus: „Bietet ein Abweisungsentscheid denn mehr Garantie, daß der Gesuchsteller zu seinem Recht komme, als ein neues Urteil?" In einer Hinsicht steht nach der bündnerischen Z. P. O. der abgewiesene Gesuchsteller tatsächlich besser als derjenige, dem das Offenrecht gewährt wurde. Er kann, gestützt auf neue Revisionsgründe, das Offenrechtsbegehren noch einmal stellen, während der erfolgreiche Gesuchsteller von diesem Recht ausgeschlossen ist (Art. 273). Dieser gewiß außerordentlich seltene Fall sollte nun aber nicht dazu führen, die Offenrechtsentscheide, je nach ihrer Form, verschieden zu behandeln. Es erscheint mir ein Erfordernis der Gerechtigkeit, daß jeder Offenrechtsentscheid in seiner Anfechtbarkeit den gleichen Grundsätzen unterliegt wie das von demselben Gericht erlassene angefochtene Urteil.

## II.

## Die Erläuterung.

### 1. *Der Begriff.*

*a)* Nach Heusler herrscht in der Doktrin Einigkeit darüber, daß das Begehren um Erläuterung nicht zu den Rechts-

[12] Bäriswyl, a. a. O., S. 117.
[13] E. 1910, S. 76, und R. P., Nr. 1771 a, 2. Bd., S. 412.

mitteln zu zählen sei.[14] Wetzell hingegen schaut die leute-ratio, die der Erläuterung entspricht, als ein Rechtsmittel an.[15] Wir wissen auch, daß die bündnerische Z. P. O. die Erläuterung ausdrücklich als Rechtsmittel bezeichnet; das Gesetz hat sie aber auch als Rechtsmittel ausgebildet, wie wir in den folgenden Ausführungen sehen werden. Harra-sowsky führt in dem Schlußwort des schon häufig genann-ten Werkes die Ausbildung dieses Institutes zu einem Rechtsmittel auf Mangel des den Richtern geschenkten Ver-trauens zurück.[16] Meines Erachtens dürften eher sprach-liche Verhältnisse, z. B. die Verschiedenheit zwischen der Schriftsprache und der gesprochenen Sprache, maßgebend gewesen sein.

*b)* Das Rechtsmittel der Erläuterung wird in Graubünden seit sehr langer Zeit angewendet.[17] Die Grundzüge ver-änderten sich nicht seit der ersten kantonalen Kodifikation vom Jahre 1855. Dieses Rechtsmittel wird vom Gesetz definiert als das Recht, um die Aufhellung dunkler richter-licher Entscheide oder einzelner Teile derselben einzu-kommen (Art. 256). Unter dunklen Entscheiden müssen offenbar jene Urteile verstanden werden, die die Absicht des Gerichtes nicht zum richtigen Ausdruck bringen.[18] Jedenfalls können zu diesen unvollständige, zweideutige oder solche Urteile gerechnet werden, wo Motiv und Dis-positiv sich widersprechen.[19] Hingegen dürfen Urteile, die einen Redaktions- oder Rechnungsfehler enthalten, nicht ohne weiteres dazu gerechnet werden; sehr häufig wird aber wohl durch diese eine Unklarheit im Entscheid hervor-

---

[14] Zivilprozeß der Schweiz, S. 150 und 151.

[15] a. a. O., S. 722.

[16] a. a. O., S. 572.

[17] Siehe z. B. im Register des Gemeindearchivs von Thusis, Nr. 173. Bei einer Streitigkeit zwischen der Gemeinde Schams und der Gemeinde Thusis wird das schiedsrichterliche Urteil vom Jahre 1680 „von den da-maligen Spruchherren, weil sich über die Auslegung ihres Urteils neuer-dings Mißhelligkeiten erhoben haben, behufs näherer Erläuterung des er-wähnten Spruches" im Jahre 1699 revidiert.

[18] Harrasowsky, a. a. O., S. 512.

[19] Vgl. B. Z. P., Art. 197.

gerufen. Wenn das aber nicht der Fall ist, so können wohl Irrtümer in der Redaktion des Urteils, ohne das umständliche Erläuterungsverfahren anzuwenden, von Amtes wegen berichtigt werden.

*c)* Die unklaren Entscheide müssen Haupturteile sein (Art. 256).

Ein besonderer Fall sei hier noch erwähnt: Gegen ein Urteil vom Kantonsgericht wird Berufung beim Bundesgericht eingelegt; das Bundesgericht bestätigt das kantonsgerichtliche Urteil. Eine Partei stellt beim Kantonsgericht ein Erläuterungsbegehren. Das Kantonsgericht darf nicht auf das Erläuterungsgesuch eintreten, weil das Bundesgericht in der Sache selbst entschieden hat.[20]

Ein Erläuterungsbegehren kann sich auch auf ein Schiedsgerichtsurteil beziehen. Es kommen dann dieselben Bestimmungen, die im entsprechenden Zusammenhang beim Offenrecht (siehe Seite 86) besprochen wurden, zur Anwendung.

2. *Das Verfahren.*

*a)* Die Frist.

Die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels beträgt ein Jahr seit der Fällung des Urteils (Art. 257). Der Beginn der Frist ist demnach wie beim Offenrecht und nicht wie bei der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde festgesetzt. Für den Lauf der Frist müssen nach dem, was oben ausgeführt wurde, ebenfalls die Grundsätze der Revision Anwendung finden (siehe Seite 89).

*b)* Das Gesuch.

aa) Das Erläuterungsgesuch muß schriftlich beim Präsidenten eingereicht werden, von welchem das fragliche Urteil ausging. Außerdem muß die gesetzliche Vertröstung geleistet werden. Wenn das Begehren um Erläuterung nach Eröffnung des Urteils vor gesessenem Gericht angebracht wird, so genügt eine mündliche Erklärung. In diesem Falle soll das Gericht dem Begehren sogleich nachkommen (Art. 257).

---

[20] Z. U. 1913, S. 18 und 19; Th. Weiß, a. a. O., S. 350.

bb) Diejenigen Punkte des Urteils, über welche Erläuterung verlangt wird, müssen genau bezeichnet werden; zugleich muß angegeben werden, in welchem Sinn sie erläutert werden sollen (Art. 258).

cc) Ueber eine Suspensivwirkung des Erläuterungsbegehrens sagt das Gesetz nichts. Eine solche kann bei diesem Rechtsmittel auch nicht vermutet werden. Sie dürfte jedoch durch Gerichtsbeschluß herbeigeführt werden können.

*c)* Die Verhandlung.

aa) Der Präsident teilt zunächst der Gegenpartei das Gesuch zur Kenntnisnahme mit (Art. 258). Nach der Praxis [21] steht es aber der Gegenpartei frei, gegenüber dem Gesuch in einer Schrift Stellung zu nehmen, sofern sie dies zu ihrem Rechtsbehuf dienlich erachtet.

bb) Hierauf werden die Parteien zur Behandlung der Erläuterungsfragen ohne weiteres einleitendes Verfahren vor Gericht geladen. Dieses soll, wenn immer möglich, aus den nämlichen Richtern zusammengesetzt sein, die an der erstmaligen Beurteilung teilgenommen haben, gleichviel, ob sie noch im Amte stehen oder nicht. Den Vorsitz führt jedoch unter allen Umständen der im Amte stehende Präsident oder Stellvertreter, auch wenn inzwischen eine neue Wahl stattgefunden hat. Neue Beweismittel können selbstverständlich nicht verwendet werden (Art. 259).

*d)* Der Entscheid.

Nach Schluß der Parteivorträge wird das Gericht den Entscheid treffen (Art. 260). Unter Entscheid können wir, ähnlich wie beim Offenrecht, entweder die Abweisung des Erläuterungsbegehrens oder, wenn das Gericht dem Begehren nachkommt, die Erteilung der Erläuterung verstehen. Das Gesuch um Erläuterung kann z. B. dann abgewiesen werden, wenn das zu erläuternde Urteil weder an Zweideutigkeit noch an Unvollständigkeit leidet. Wird aber auf die Erläuterung eingetreten, so darf das Gericht nur den

[21] Siehe Caflisch, Kommentar ad Art. 281.

Ausdruck berichtigen; der Inhalt des ergangenen Urteils muß derselbe bleiben.

„Von erstinstanzlichen Gerichten gegebene Erläuterungen über appellable Urteile unterliegen der Appellation, wenn auch gegen das Haupturteil selbst nicht appelliert worden war." (Art. 261[1]). Eine merkwürdige Folge dieses Rechtsmittels, das ja nicht auf inhaltliche Veränderung des Urteils hinzielt, besteht also darin, daß durch die Erteilung einer Erläuterung die Appellationsfrist erneuert wird. Der Praxis (E. 1920, Seite 32) können wir entnehmen, daß der gleiche Grundsatz auf die Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde übertragen wird. Warum wird diesem Rechtsmittel eine so weitgehende Wirkung beigemessen? Durch die Erläuterung des dunklen Urteils soll Gewißheit darüber hergestellt werden, ob dasselbe beschwerend sei oder nicht; [22] die Appellabilität des Entscheides zeigt sich demnach erst nach der Erläuterung. Die Folge dieser Wirkung wird wohl darin sich äußern, daß die Erläuterung nicht leicht erteilt wird.

„Erläuterungsbegehren über eine schon gegebene Urteilserläuterung sind nicht zulässig" (Art. 261[2]; leuteratio leuterationis non datur). [23]

---

[22] Siehe Bayer, a. a. O., S. 618.

[23] Im gemeinen Recht wurde unter gewissen Voraussetzungen noch eine „oberleuteratio" erteilt. Wetzell, a. a. O., S. 722.

# Anhang.

## Gesetzesquellen für § 1.

1. Kantonsverfassungen:
   K. V. vom Jahre 1802, offizielle Sammlung vom Jahre 1805, 1. Heft, S. 27.
   K. V. vom Jahre 1814, im Jahre 1820 von der Tagsatzung gewährleistet, A. G. S., 2. Bd., 1839, S. 3—14.
   K. V. vom Jahre 1854, A. G. S., 1. Bd., 1860, S. 27.
   K. V. vom Jahre 1880, A. G. S., 5. Bd., S. 1, revidiert im Jahre 1892, A. G. S., 5. Bd., 1897, S. 394.
2. Geschäftsordnungen für den Kleinen Rat:
   Reglement des Kleinen Rates vom Jahre 1803, offizielle Sammlung vom Jahre 1805, 1. Heft, S. 97.
   Gesetz zur Bestimmung der Befugnisse des Kleinen Rates in betreff der Justizpflege vom Jahre 1805, revid. A. G. S. vom Jahre 1829, 2. Heft, S. 239.
   Gesetz über den Geschäftskreis und die Befugnisse des Kleinen Rates vom Jahre 1823, A. G. S. von 1839, S. 157.
   Vorschriften über das Rekursverfahren vor dem Kleinen Rate (Gesetze von den Jahren 1807, 1824, 1825; Beschlüsse des Großen Rates von den Jahren 1808 und 1812), revid. A. G. S., 2. Heft, 1829, S. 129—135.
   Rekursverfahren vor dem Kleinen Rate vom Jahre 1833, A. G. S., 2. Bd., 1839, S. 165.
   Gesch. Ordn. des Kleinen Rates vom Jahre 1854, A. G. S., 1. Bd., 1860, S. 65.
   Gesch. Ordn. des Kleinen Rates vom Jahre 1873, A. G. S., 4. Bd., 1880, S. 57.
   Gesch. Ordn. des Kleinen Rates vom Jahre 1881, A. G. S., 5. Bd., 1897, S. 50.
   Gesch. Ordn. des Kleinen Rates vom Jahre 1894, A. G. S., 5. Bd., 1897, S. 432.
3. Gesetz über Aufstellung eines Kantons- oder Oberappellationsgerichtes vom Jahre 1803, offiz. Samml., 1. Heft, 1805, S. 103.
4. Oberappellationsgerichtsordnung in Civilsachen vom Jahre 1816, erneuert durch Großratsabschied vom Jahre 1835, A. G. S., 2. Bd., 1839, S. 193.
5. Beschluß des Großen Rates über die Art, wie die Erläuterung eines Urthel des Kantonsappellationsgerichtes statthaben soll, offiz. Samml., 4. Heft, 1810, S. 55.
6. Gesetz über die Organisation der Bezirksgerichte vom Jahre 1848. Vom Großen Rate revidiert im Jahre 1867. A. G. S., Bd. 4, 1880, S. 439—441.

7. Gesetz über Bildung und Geschäftskreis von Bezirksgerichten. Anhang zum Abschied des Großen Rates vom 26. Juni 1848, S. 3.
8. Bezirksgerichtsordnung, im Anhang zum Abschied des Großen Rates vom 11. November 1848, S. 4—8.
9. Gesetz betr. die Vermittlungsämter, Anhang zum Abschied des Großen Rates vom 26. Juni 1848, S. 10—14.
10. Gesetz über das Rechtsmittel aus formellen Gründen oder Rekurse vom Jahre 1850, Abschied des Großen Rates vom 3. Juli 1850, S. 12, 46—49.
11. Gesetz über das Offenrecht vom Jahre 1850, Abschied des Großen Rates vom 3. Juli 1850, S. 12, 46—49.
12. Gesetz über die Kompetenzen der verschiedenen Gerichtsbehörden in Zivilsachen im Abschied des Großen Rates vom 3. Juli 1850, S. 9, 41 und 42.
13. Gesetz über Einteilung des Kantons Graubünden in Bezirke und Kreise, in Kraft getreten am 1. April 1851, A. G. S., Bd. 1, 1860, S. 38, oder 1. Ersatzband, 1915, S. 3—7.
14. Gesetz über Einführung von Kreisgerichten, Abschied des Großen Rates vom 19. Oktober 1850, S. 9 und 21.
15. Das provisorische Regulativ für das Verfahren vor Kreis- und Bezirksgerichten, Anhang zum Abschied des Großen Rates vom 8. Juli 1851, S. 1—6.
16. Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom Jahre 1855, Großratsverhandlungen von 1854. S. 193—256.
17. Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, in Kraft getreten am 1. Juni 1871, A. G. S., Bd. 4, 1880, S. 345—431.